



3 1761 11764713 1

Government
Publications

CA1

J 21

Government
Publications

81 J 72

C. 1



Digitized by the Internet Archive
in 2022 with funding from
University of Toronto

<https://archive.org/details/31761117647131>

Supreme Court of Canada
September 28, 1981.



Cour suprême du Canada
1e 28 septembre 1981

Government
Publications

JUDGMENT

JUGEMENT

IN THE MATTER of an Act for expediting the decision of constitutional and other provincial questions, being Chapter C. 180, C.C.S.M. AND IN THE MATTER of a Reference pursuant thereto by the Lieutenant Governor in Council to the Court of Appeal for Manitoba for hearing and consideration, the questions concerning the amendment of the Constitution of Canada as set out in Order in Council No. 1020/80

The Attorney General of Manitoba and the Attorney General of Quebec, the Attorney General of Nova Scotia, the Attorney General of British Columbia, the Attorney General of Prince Edward Island, the Attorney General of Saskatchewan, the Attorney General of Alberta, the Attorney General of Newfoundland, Four Nations Confederacy Inc. v. The Attorney General of Canada and the Attorney General of Ontario and the Attorney General of New Brunswick (Man.)

Coram: The Chief Justice and Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard and Lamer JJ.

The questions submitted for answer and this Court's answers are as follows:

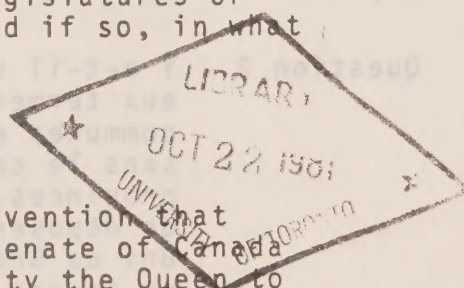
Question 1 - If the amendments to the Constitution of Canada sought in the "Proposed Resolution for a Joint Address to Her Majesty the Queen respecting the Constitution of Canada", or any of them, were enacted, would federal-provincial relationships or the powers, rights or privileges granted or secured by the Constitution of Canada to the provinces, their legislatures or governments be affected and if so, in what respect or respects?

Answer - Yes.

Question 2 - Is it a constitutional convention that the House of Commons and Senate of Canada will not request Her Majesty the Queen to lay before the Parliament of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland a measure to amend the Constitution of Canada affecting federal-provincial relationships or the powers, rights or privileges granted or secured by the Constitution of Canada to the provinces, their legislatures or governments without first obtaining the agreement of the provinces?

Answer - Yes.

The Chief Justice and Estey and McIntyre JJ. dissenting, would answer "no".



Question 3 - Is the agreement of the provinces of Canada constitutionally required for amendment to the Constitution of Canada where such amendment affects federal-provincial relationships or alters the powers, rights or privileges granted or secured by the Constitution of Canada to the provinces, their legislatures or governments?

Answer - For the reasons stated in answer to Question 2, as a matter of constitutional convention "yes". The Chief Justice and Estey and McIntyre JJ. dissenting would answer "no".

- As a matter of law, "no". Martland and Ritchie JJ. dissenting would answer "yes".

Voici les réponses de la Cour aux trois questions posées:

Question 1 - L'adoption des modifications ou de certaines des modifications que l'on désire apporter à la Constitution du Canada par le "Projet de résolution portant adresse commune à Sa Majesté la Reine concernant la Constitution du Canada" aurait-elle un effet sur les relations fédérales-provinciales ou sur les pouvoirs, les droits ou les privilèges que la Constitution du Canada accorde ou garantit aux provinces, à leurs législatures ou à leurs gouvernements et, dans l'affirmative, à quel(s) égard(s)?

Réponse - Oui.

Question 2 - Y a-t-il une convention constitutionnelle aux termes de laquelle la Chambre des communes et le Sénat du Canada ne peuvent, sans le consentement préalable des provinces, demander à Sa Majesté la Reine de déposer devant le Parlement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord un projet de modification de la Constitution du Canada qui a un effet sur les relations fédérales-provinciales ou les pouvoirs, les droits ou les privilèges que la Constitution du Canada accorde ou garantit aux provinces, à leurs législatures ou à leurs gouvernements?

Réponse - Oui.

Le Juge en chef et les juges Estey et McIntyre dissidents, répondraient "non".

Question 3 - Le consentement des provinces est-il constitutionnellement nécessaire pour modifier la Constitution du Canada lorsque cette modification a un effet sur les relations fédérales-provinciales ou altère les pouvoirs, les droits ou les privilèges que la Constitution du Canada accorde ou garantit aux provinces, à leurs législatures ou à leurs gouvernements?

Réponse - Pour les motifs donnés en réponse à la Question 2, du point de vue de la convention constitutionnelle "oui". Le Juge en chef et les juges Estey et McIntyre dissidents répondraient "non".

- Du point de vue juridique "non". Les juges Martland et Ritchie dissidents répondraient "oui".

Coram: The Chief Justice and Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard and Lamer JJ.

C.J.C.

J.C.C.

The questions submitted for answer and this Court's answers are as follows:

Question 1 - If the amendments to the Constitution of Canada sought in the "Proposed Resolution for a Joint Address to Her Majesty the Queen" respecting the Constitution of Canada, or any of them, were enacted, would federal-provincial relationships or the powers, rights or privileges granted or secured by the Constitution of Canada to the provinces, their legislatures or governments be affected and if so, in what manner or manner?

Answer - Yes.

Question 2 - Is it a constitutional requirement that the House of Commons and Senate of Canada must request any change to the Queen in law before the Parliament of the United Kingdom or Great Britain and Northern Ireland is empowered to amend the Constitution of Canada affecting federal-provincial relationships or the powers, rights or privileges granted or secured by the Constitution of Canada to the provinces, their legislatures or governments without first obtaining the agreement of the provinces?

Answer - Yes.

The Chief Justice and Justices Estey and McIntyre JJ. dissenting, would answer "no".



September 28, 1981

1e 28 septembre 1981

JUDGMENTJUGEMENT

IN THE MATTER of Section 6 of *The Judicature Act*, R.S.N. 1970, C. 187 as amended AND IN THE MATTER of a Reference by the Lieutenant-Governor in Council concerning the effect and validity of the amendments to the Constitution of Canada sought in the 'Proposed Resolution for a Joint Address to Her Majesty the Queen respecting the Constitution of Canada'

The Attorney General of Canada and The Attorney General of Ontario and the Attorney General of New Brunswick v. The Attorney General of Newfoundland and the Attorney General of Quebec, the Attorney General of Nova Scotia, the Attorney General of Manitoba, the Attorney General of British Columbia, the Attorney General of Prince Edward Island, the Attorney General of Saskatchewan, the Attorney General of Alberta and Four Nations Confederacy Inc. (Nfld.)

Coram: The Chief Justice and Martland, Ritchie,
Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard
and Lamer JJ.

The questions submitted for answer and this Court's answers are as follows:

Question 1 - If the amendments to the Constitution of Canada sought in the "Proposed Resolution for a Joint Address to Her Majesty the Queen respecting the Constitution of Canada", or any of them, were enacted, would federal-provincial relationships or the powers, rights or privileges granted or secured by the Constitution of Canada to the provinces, their legislatures or governments be affected and if so, in what respect or respects?

Answer - Yes.

Question 2 - Is it a constitutional convention that the House of Commons and Senate of Canada will not request Her Majesty the Queen to lay before the Parliament of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland a measure to amend the Constitution of Canada affecting federal-provincial relationships or the powers, rights or privileges granted or secured by the Constitution of Canada to the provinces, their legislatures or governments without first obtaining the agreement of the provinces?

Answer - Yes.

The Chief Justice and Estey and McIntyre JJ. dissenting, would answer "no".

Question 3 - Is the agreement of the provinces of Canada constitutionally required for amendment to the Constitution of Canada where such amendment affects federal-provincial relationships or alters the powers, rights or privileges granted or secured by the Constitution of Canada to the provinces, their legislatures or governments?

Answer - For the reasons stated in answer to Question 2, as a matter of constitutional convention, "yes". The Chief Justice and Estey and McIntyre JJ. dissenting would answer "no".

- As a matter of law, "no". Martland and Ritchie JJ. dissenting would answer "yes".

Question 4 - If Part V of the proposed resolution referred to in question 1 is enacted and proclaimed into force could

- (a) the Terms of Union, including terms 2 and 17 thereof contained in the Schedule to the *British North America Act 1949* (12 - 13 George VI, c. 22 (U.K.)), or
- (b) section 3 of the *British North America Act, 1871* (34-35 Victoria, c. 28 (U.K.))

be amended directly or indirectly pursuant to Part V without the consent of the Government, Legislature or a majority of the people of the Province of Newfoundland voting in a referendum held pursuant to Part V?

Answer - As expressed in the reasons of the Newfoundland Court of Appeal, subject to the correction made in the reasons of this Court.

Voici les réponses de la Cour aux questions posées:

Question 1 - L'adoption des modifications ou de certaines des modifications que l'on désire apporter à la Constitution du Canada par le "Projet de résolution portant adresse commune à Sa Majesté la Reine concernant la Constitution du Canada" aurait-elle un effet sur les relations fédérales-provinciales ou sur les pouvoirs, les droits ou les privilèges que la Constitution du Canada accorde ou garantit aux provinces, à leurs législatures ou à leurs gouvernements et, dans l'affirmative, à quel(s) égard(s)?

Réponse - Oui.

Question 2 - Y a-t-il une convention constitutionnelle aux termes de laquelle la Chambre des communes et le Sénat du Canada ne peuvent, sans le consentement préalable des provinces, demander à Sa Majesté la Reine de déposer devant le Parlement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord un projet de modification de la Constitution du Canada qui a un effet sur les relations fédérales-provinciales ou les pouvoirs, les droits ou les privilèges que la Constitution du Canada accorde ou garantit aux provinces, à leurs législatures ou à leurs gouvernements?

Réponse - Oui.

Le Juge en chef et les juges Estey et McIntyre dissidents répondraient "non".

Question 3 - Le consentement des provinces est-il constitutionnellement nécessaire pour modifier la Constitution du Canada lorsque cette modification a un effet sur les relations fédérales-provinciales ou altère les pouvoirs, les droits ou les privilèges que la Constitution du Canada accorde ou garantit aux provinces, à leurs législatures ou à leurs gouvernements?

Réponse - Pour les motifs donnés en réponse à la question 2, du point de vue de la convention constitutionnelle "oui".
Le Juge en chef et les juges Estey et McIntyre dissidents répondraient "non".

- Du point de vue juridique "non". Les juges Martland et Ritchie dissidents répondraient "oui".

Question 4 - Si la partie V du projet de résolution dont il est fait mention à la question 1 est adoptée et mise en vigueur, est-ce que

a) les conditions de l'union, dont les conditions 2 et 17 qui se trouvent à l'annexe de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1949* (12-13 George VI, chap. 22 (R.-U.)) ou

b) l'article 3 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1871* (34-35 Victoria, chap. 28 (R.-U.))

pourraient être modifiés directement ou indirectement en vertu de la partie V, sans le consentement du gouvernement, de la législature ou d'une majorité de la population de la province de Terre-Neuve exprimant son vote dans un référendum tenu en vertu de la partie V?

Réponse Celle exprimée dans les motifs de la Cour
d'appel de Terre-Neuve avec la modification
apportée dans les motifs de cette Cour.

C.J.C.

J.C.C.



1e 28 septembre 1981

September 28, 1981

JUGEMENT

JUDGMENT

Dans l'affaire d'un renvoi à la Cour d'appel relatif à un projet de résolution portant adresse commune à Sa Majesté La Reine concernant la Constitution du Canada

Le Procureur général du Québec (appelant/intimé) et le Procureur général du Canada (intimé/appelant) et le Procureur général de la Nouvelle-Ecosse, le Procureur général du Manitoba, le Procureur général de la Colombie-Britannique, le Procureur général de l'Ile-du-Prince-Edouard, le Procureur général de la Saskatchewan, le Procureur général de l'Alberta, le Procureur général de Terre-Neuve et Four Nations Confederacy Inc. (intervenants appuyant le Procureur général du Québec) et le Procureur général de l'Ontario et le Procureur général du Nouveau-Brunswick (intervenants appuyant le Procureur général du Canada) (Qué.)

Coram: Le Juge en chef et les juges Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard et Lamer

Voici les réponses de la Cour aux questions posées:

Question A - *La Loi sur le Canada et la Loi constitutionnelle de 1981* si elles entrent en vigueur et si elles sont valides à tous égards au Canada, auront-elles pour effet de porter atteinte:

- (i) à l'autorité législative des législatures provinciales en vertu de la constitution canadienne?
- (ii) au statut ou rôle des législatures ou gouvernements provinciaux au sein de la fédération canadienne?

Réponses (i) Oui.
(ii) Oui.

Question B - La constitution canadienne habilite-t-elle, soit par statut, convention ou autrement, le Sénat et la Chambre des communes du Canada à faire modifier la constitution canadienne sans l'assentiment des provinces et malgré l'objection de plusieurs d'entre elles de façon à porter atteinte:

- (i) à l'autorité législative des législatures provinciales en vertu de la constitution canadienne?
- (ii) au statut ou rôle des législatures ou gouvernements provinciaux au sein de la fédération canadienne?

- Réponses - (i) a) par statut, non;
b) par convention, non.
Le Juge en chef et les juges Estey et McIntyre répondraient qu'il n'y a pas de convention à l'effet contraire.
- c) du point de vue juridique, oui.
Les juges Martland et Ritchie dissidents répondraient "non".
- (ii) a) par statut, non;
b) par convention, non.
Le Juge en chef et les juges Estey et McIntyre répondraient qu'il n'y a pas de convention à l'effet contraire.
- c) du point de vue juridique, oui.
Les juges Martland et Ritchie dissidents répondraient "non".

The questions submitted for answer and this Court's answers are as follows:

Question A - If the *Canada Act* and the *Constitution Act 1981* should come into force and if they should be valid in all respects in Canada would they affect:

(i) the legislative competence of the provincial legislatures in virtue of the Canadian Constitution?

(ii) the status or role of the provincial legislatures or governments within the Canadian Federation?

Answers - (i) Yes.
(ii) Yes.

Question B - Does the Canadian Constitution empower, whether by statute, convention or otherwise, the Senate and the House of Commons of Canada to cause the Canadian Constitution to be amended without the consent of the provinces and in spite of the objection of several of them, in such a manner as to affect:

(i) the legislative competence of the provincial legislatures in virtue of the Canadian Constitution?

- (ii) the status or role of the provincial legislatures or governments within the Canadian Federation?

Answers

- (i) (a) by statute, no;
(b) by convention, no.

The Chief Justice and Estey and McIntyre JJ. would answer that there is no precluding convention.

- (c) as a matter of law, yes.

Martland and Ritchie JJ. dissenting would answer "no".

- (ii) (a) by statute, no;
(b) by convention, no.

The Chief Justice and Estey and McIntyre JJ. would answer that there is no precluding convention.

- (c) as a matter of law, yes.

Martland and Ritchie JJ. dissenting would answer "no".

J.C.C.

C.J.C.



IN THE MATTER of an Act for expediting the decision of constitutional and other provincial questions, being Chapter C 180, C.C.S.M. AND IN THE MATTER of a Reference pursuant thereto by the Lieutenant Governor in Council to the Court of Appeal for Manitoba for hearing and consideration, the questions concerning the amendment of the Constitution of Canada as set out in Order in Council No. 1020/80

THE ATTORNEY GENERAL OF MANITOBA

-and-

THE ATTORNEY GENERAL OF QUEBEC
THE ATTORNEY GENERAL OF NOVA SCOTIA
THE ATTORNEY GENERAL OF BRITISH COLUMBIA
THE ATTORNEY GENERAL OF PRINCE EDWARD ISLAND
THE ATTORNEY GENERAL OF SASKATCHEWAN
THE ATTORNEY GENERAL OF ALBERTA
THE ATTORNEY GENERAL OF NEWFOUNDLAND
FOUR NATIONS CONFEDERACY INC.

v.

THE ATTORNEY GENERAL OF CANADA

-and-

THE ATTORNEY GENERAL OF ONTARIO
THE ATTORNEY GENERAL OF NEW BRUNSWICK

CORAM:

the Right Honourable Bora Laskin,
P.C., C.J.C.
the Hon. Mr. Justice Martland
the Hon. Mr. Justice Ritchie
the Hon. Mr. Justice Dickson
the Hon. Mr. Justice Beetz
the Hon. Mr. Justice Estey
the Hon. Mr. Justice McIntyre
the Hon. Mr. Justice Chouinard
the Hon. Mr. Justice Lamer

Appeal heard

April 28, 29, 30 and
May 1 and 4, 1981

Judgment pronounced
September 28, 1981

DANS L'AFFAIRE de la Loi relative à l'expédition des décisions provinciales d'ordre constitutionnel et autres, L.R.M. 1970, chap. C-180 ET DANS L'AFFAIRE d'un Renvoi y relatif par le lieutenant-gouverneur en conseil à la Cour d'appel du Manitoba, pour examen et audition, de questions concernant la modification de la Constitution du Canada, conformément au décret N° 1020/80

LE PROCUREUR GENERAL DU MANITOBA

-et-

LE PROCUREUR GENERAL DU QUEBEC
LE PROCUREUR GENERAL DE LA NOUVELLE-ECOSSE
LE PROCUREUR GENERAL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE
LE PROCUREUR GENERAL DE L'ILE-DU-PRINCE-EDOUARD
LE PROCUREUR GENERAL DE LA SASKATCHEWAN
LE PROCUREUR GENERAL DE L'ALBERTA
LE PROCUREUR GENERAL DE TERRE-NEUVE
FOUR NATIONS CONFEDERACY INC.

LE PROCUREUR GENERAL DU CANADA

-et-

LE PROCUREUR GENERAL DE L'ONTARIO
LE PROCUREUR GENERAL DU NOUVEAU-BRUNSWICK

CORAM:

Le très honorable Bora Laskin,
C.P., J.C.C.
L'honorable juge Martland
L'honorable juge Ritchie
L'honorable juge Dickson
L'honorable juge Beetz
L'honorable juge Estey
L'honorable juge McIntyre
L'honorable juge Chouinard
L'honorable juge Lamer

Appel entendu

les 28, 29 et 30 avril et
les 1^{er} et 4 mai, 1981

Jugement prononcé
le 28 septembre 1981



Reasons on Questions 1 and 3 by

The Chief Justice
The Hon. Mr. Justice Dickson
The Hon. Mr. Justice Beetz
The Hon. Mr. Justice Estey
The Hon. Mr. Justice McIntyre
The Hon. Mr. Justice Chouinard
The Hon. Mr. Justice Lamer

Reasons concurring on Question
and dissenting on Question
by

The Hon. Mr. Justice Martland
The Hon. Mr. Justice Ritchie

Reasons on Question 2 by

The Hon. Mr. Justice Martland
The Hon. Mr. Justice Ritchie
The Hon. Mr. Justice Dickson
The Hon. Mr. Justice Beetz
The Hon. Mr. Justice Chouinard
The Hon. Mr. Justice Lamer

Dissenting reasons on Question
by

The Chief Justice
The Hon. Mr. Justice Estey
The Hon. Mr. Justice McIntyre

Counsel at hearing:

For the appellant:

Mr. A. Kerr Twaddle, Q.C.
Mr. Douglas A.J. Schmeiser
Mr. Brian F. Squair

For the Attorney General
of Quebec

Mr. Colin K. Irving
Mr. Georges Emery, Q.C.
Mr. Lucien Bouchard
Mr. Peter S. Martin

For the Attorney General
of Nova Scotia

Mr. Gordon F. Coles, Q.C.
Mr. Reinhold M. Enders
Ms. Mollie Dunsmuir

For the Attorney General of
British Columbia

Mr. D.M.M. Goldie, Q.C.
Mr. E.R.A. Edwards
Mr. C.F. Willms

For the Attorney General of
Prince Edward Island

Mr. Ian W.H. Bailey

Motifs portant sur les questions
1 et 3 par

Le Juge en chef
L'honorable juge Dickson
L'honorable juge Beetz
L'honorable juge Estey
L'honorable juge McIntyre
L'honorable juge Chouinard
L'honorable juge Lamer

Motifs de concours portant sur la
question 1 et de dissidence portant
sur la question 3 par

L'honorable juge Martland
L'honorable juge Ritchie

Motifs portant sur la question 2
par

L'honorable juge Martland
L'honorable juge Ritchie
L'honorable juge Dickson
L'honorable juge Beetz
L'honorable juge Chouinard
L'honorable juge Lamer

Motifs de dissidence portant sur
la question 2 par

Le Juge en chef
L'honorable juge Estey
L'honorable juge McIntyre

Avocats à l'audience:

Pour l'appellant:

M^e Kerr Twaddle, c.r.
M^e Douglas A.J. Schmeiser
M^e Brian F. Squair

Pour le procureur général du
Québec

M^e Colin K. Irving
M^e Georges Emery, c.r.
M^e Lucien Bouchard
M^e Peter S. Martin

Pour le procureur général de
la Nouvelle-Ecosse

M^e Gordon F. Coles, c.r.
M^e Reinhold M. Enders
M^e Mollie Dunsmuir

Pour le procureur général de la
Colombie-Britannique

M^e D.M.M. Goldie, c.r.
M^e E.R.A. Edwards
M^e C.F. Willms

Pour le procureur général de
l'Ile-du-Prince-Edouard

M^e Ian W.H. Bailey

For the Attorney General of
Saskatchewan

Mr. K. Lysyk, Q.C.
Mr. Darryl Bogdasavich
Mr. John D. Whyte

For the Attorney General of
Alberta

Mr. Ross W. Paisley, Q.C.
Mr. William Henkel, Q.C.

For the Attorney General of
Newfoundland

Mr. John J. O'Neill, Q.C.
Mr. John J. Ashley
Mr. James L. Thistle

For the Four Nations Confederacy
Inc.

Mr. D'Arcy C.H. McCaffrey, Q.C.

For the respondent:

Mr. J.J. Robinette, Q.C.
Mr. John Scollin, Q.C.
Mr. Michel Robert

For the Attorney General of
Ontario

Mr. Roy McMurtry, Q.C.
Mr. D.W. Mundell, Q.C.
Mr. John Cavarzan, Q.C.
Ms. Lorraine E. Weinrib

For the Attorney General of
New Brunswick

Mr. Alan D. Reid
Mr. Alfred R. Landry, Q.C.

Pour le procureur général de la
Saskatchewan

M^e K. Lysyk, c.r.
M^e Darryl Bogdasavich
M^e John D. Whyte

Pour le procureur général de
l'Alberta

M^e Ross W. Paisley, c.r.
M^e William Henkel, c.r.

Pour le procureur général de
Terre-Neuve

M^e John J. O'Neill, c.r.
M^e John J. Ashley
M^e James L. Thistle

Pour le Four Nations Confederacy
Inc.

M^e D'Arcy C.H. McCaffrey, c.r.

Pour l'intimé:

M^e J.J. Robinette, c.r.
M^e John Scollin, c.r.
M^e Michel Robert

Pour le procureur général de
l'Ontario

M^e Roy McMurtry, c.r.
M^e D.W. Mundell, c.r.
M^e John Cavarzan, c.r.
M^e Lorraine E. Weinrib

Pour le procureur général du
Nouveau-Brunswick

M^e Alan D. Reid
M^e Alfred R. Landry, c.r.



IN THE MATTER of Section 6 of
The Judicature Act, R.S.N. 1970,
 c. 187 as amended AND IN THE
 MATTER of a Reference by the
 Lieutenant-Governor in Council
 concerning the effect and validity
 of the amendments to the Consti-
 tution of Canada sought in the
 'Proposed Resolution for a Joint
 Address to Her Majesty The Queen
 respecting the Constitution of
 Canada'

THE ATTORNEY GENERAL OF CANADA

-and-

THE ATTORNEY GENERAL OF ONTARIO
 THE ATTORNEY GENERAL OF NEW
 BRUNSWICK

v.

THE ATTORNEY GENERAL OF
 NEWFOUNDLAND

-and-

THE ATTORNEY GENERAL OF QUEBEC
 THE ATTORNEY GENERAL OF NOVA
 SCOTIA
 THE ATTORNEY GENERAL OF MANITOBA
 THE ATTORNEY GENERAL OF BRITISH
 COLUMBIA
 THE ATTORNEY GENERAL OF PRINCE
 EDWARD ISLAND
 THE ATTORNEY GENERAL OF
 SASKATCHEWAN
 THE ATTORNEY GENERAL OF ALBERTA
 FOUR NATIONS CONFEDERACY INC.

CORAM:

The Right Honourable Bora Laskin,
 P.C., C.J.C.
 The Hon. Mr. Justice Martland
 The Hon. Mr. Justice Ritchie
 The Hon. Mr. Justice Dickson
 The Hon. Mr. Justice Beetz
 The Hon. Mr. Justice Estey
 The Hon. Mr. Justice McIntyre
 The Hon. Mr. Justice Chouinard
 The Hon. Mr. Justice Lamer

Appeal heard
 May 4, 1981

Judgment pronounced
 September 28, 1981

DANS L'AFFAIRE de l'article 6 de
 la *Judicature Act*, R.S.N. 1970,
 chap. 187 et modifications,
 ET DANS L'AFFAIRE d'un Renvoi par
 le lieutenant-gouverneur en conseil
 concernant l'effet et la validité
 des modifications de la Constitution
 du Canada telles que demandées par
 le 'Projet de résolution portant
 adresse commune à Sa Majesté la Reine
 relativement à la Constitution du
 Canada'

LE PROCUREUR GENERAL DU CANADA

-et-

LE PROCUREUR GENERAL DE L'ONTARIO
 LE PROCUREUR GENERAL DU NOUVEAU
 BRUNSWICK

c.

LE PROCUREUR GENERAL DE TERRE-
 NEUVE

-et-

LE PROCUREUR GENERAL DU QUEBEC
 LE PROCUREUR GENERAL DE LA NOUVELLE-
 ECOSSE
 LE PROCUREUR GENERAL DU MANITOBA
 LE PROCUREUR GENERAL DE LA COLOMBIE-
 BRITANNIQUE
 LE PROCUREUR GENERAL DE L'ILE-
 DU-PRINCE-EDOUARD
 LE PROCUREUR GENERAL DE LA
 SASKATCHEWAN
 LE PROCUREUR GENERAL DE L'ALBERTA
 FOUR NATIONS CONFEDERACY INC.

CORAM:

Le très honorable Bora Laskin,
 C.P., J.C.C.
 L'honorable juge Martland
 L'honorable juge Ritchie
 L'honorable juge Dickson
 L'honorable juge Beetz
 L'honorable juge Estey
 L'honorable juge McIntyre
 L'honorable juge Chouinard
 L'honorable juge Lamer

Appel entendu
 le 4 mai 1981

Jugement prononcé
 le 28 septembre 1981

Reasons on Questions 1, 3 and 4 by

The Chief Justice
The Hon. Mr. Justice Dickson
The Hon. Mr. Justice Beetz
The Hon. Mr. Justice Estey
The Hon. Mr. Justice McIntyre
The Hon. Mr. Justice Chouinard
The Hon. Mr. Justice Lamer

Reasons concurring on Questions 1 and 4 and dissenting on Question 3 by

The Hon. Mr. Justice Martland
The Hon. Mr. Justice Ritchie

Reasons on Question 2 by

The Hon. Mr. Justice Martland
The Hon. Mr. Justice Ritchie
The Hon. Mr. Justice Dickson
The Hon. Mr. Justice Beetz
The Hon. Mr. Justice Chouinard
The Hon. Mr. Justice Lamer

Dissenting reasons on Question 2 by

The Chief Justice
The Hon. Mr. Justice Estey
The Hon. Mr. Justice McIntyre

Counsel at hearing:

For the appellant:

Mr. Clive Wells, Q.C.
Mr. Barry Strayer, Q.C.
Mrs. Barbara Reed

For the Attorney General of Ontario

Mr. Roy McMurtry, Q.C.
Mr. D.W. Mundell, Q.C.
Mr. John Cavarzan, Q.C.
Ms. Lorraine E. Weinrib

For the Attorney General of New Brunswick

Mr. Alan D. Reid
Mr. Alfred R. Landry, Q.C.

For the respondent:

Mr. John J. O'Neill, Q.C.
Mr. John J. Ashley
Mr. James L. Thistle

For the Attorney General of Quebec

Mr. Colin K. Irving
Mr. Georges Emery, Q.C.
Mr. Lucien Bouchard
Mr. Peter S. Martin

Motifs portant sur les questions 1, 3 et 4 par

Le Juge en chef
L'honorable juge Dickson
L'honorable juge Beetz
L'honorable juge Estey
L'honorable juge McIntyre
L'honorable juge Chouinard
L'honorable juge Lamer

Motifs de concours portant sur les questions 1 et 4 et de dissidence portant sur la question 3 par

L'honorable juge Martland
L'honorable juge Ritchie

Motifs portant sur la question 2 par

L'honorable juge Martland
L'honorable juge Ritchie
L'honorable juge Dickson
L'honorable juge Beetz
L'honorable juge Chouinard
L'honorable juge Lamer

Motifs de dissidence portant sur la question 2 par

Le Juge en chef
L'honorable juge Estey
L'honorable juge McIntyre

Avocats à l'audience:

Pour l'appellant:

M^e Clive Wells, c.r.
M^e Barry Strayer, c.r.
M^e Barbara Reed

Pour le procureur général du Ontario

M^e Roy McMurtry, c.r.
M^e D.W. Mundell, c.r.
M^e John Cavarzan, c.r.
M^e Lorraine E. Weinrib

Pour le procureur général du Nouveau-Brunswick

M^e Alan D. Reid
M^e Alfred R. Landry, c.r.

Pour l'intimé:

M^e John J. O'Neill, c.r.
M^e John J. Ashley
M^e James L. Thistle

Pour le procureur général du Québec

M^e Colin K. Irving
M^e Georges Emery, c.r.
M^e Lucien Bouchard
M^e Peter S. Martin

For the Attorney General of
Nova Scotia

Mr. Gordon F. Coles, Q.C.
Mr. Reinhold M. Enders
Ms. Mollie Dunsmuir

For the Attorney General of
Manitoba

Mr. A. Kerr Twaddle, Q.C.
Mr. Douglas A.J. Schmeiser
Mr. Brian F. Squair

For the Attorney General
of British Columbia

Mr. D.M.M. Goldie, Q.C.
Mr. E.R.A. Edwards
Mr. C.F. Willms

For the Attorney General of
Prince Edward Island

Mr. Ian W.H. Bailey

For the Attorney General of
Saskatchewan

Mr. K. Lysyk, Q.C.
Mr. Darryl Bogdasavich
Mr. John D. Whyte

For the Attorney General of
Alberta

Mr. Ross W. Paisley, Q.C.
Mr. William Henkel, Q.C.

For Four Nations Confederacy
Inc.

Mr. D'Arcy C.H. McCaffrey, Q.C.

Pour le procureur général de la
Nouvelle-Ecosse

M^e Gordon F. Coles, c.r.
M^e Reinhold M. Enders
M^e Mollie Dunsmuir

Pour le procureur général du
Manitoba

M^e A. Kerr Twaddle, c.r.
M^e Douglas A.J. Schmeiser
M^e Brian F. Squair

Pour le procureur général de la
Colombie Britannique

M^e D.M.M. Goldie, c.r.
M^e E.R.A. Edwards
M^e C.F. Willms

Pour le procureur général de
l'Ile-du-Prince-Edouard

M^e Ian W.H. Bailey

Pour le procureur général de la
Saskatchewan

M^e K. Lysyk, c.r.
M^e Darryl Bogdasavich
M^e John D. Whyte

Pour le procureur général de
l'Alberta

M^e Ross W. Paisley, c.r.
M^e William Henkel, c.r.

Pour Four Nations Confederacy
Inc.

M^e D'Arcy C.H. McCaffrey, c.r.



DANS L'AFFAIRE d'un Renvoi
à la Cour d'appel du Québec
relatif à un projet de
résolution portant adresse
commune à Sa Majesté la Reine
concernant la Constitution
du Canada

IN THE MATTER of a Reference
to the Court of Appeal of Quebec
relative to a draft Resolution
containing a joint address to
Her Majesty The Queen concerning
the Constitution of Canada

LE PROCUREUR GENERAL DU QUEBEC
(Appelant/Intimé)

THE ATTORNEY GENERAL OF QUEBEC
(Appellant/Respondent)

-et-

-and-

LE PROCUREUR GENERAL DU CANADA
(Intimé/Appelant)

THE ATTORNEY GENERAL OF CANADA
(Respondent/Appellant)

-et-

-and-

LE PROCUREUR GENERAL DE LA
NOUVELLE-ECOSSE
LE PROCUREUR GENERAL DU MANITOBA
LE PROCUREUR GENERAL DE LA
COLOMBIE BRITANNIQUE
LE PROCUREUR GENERAL DE L'ILE-
DU-PRINCE-EDOUARD
LE PROCUREUR GENERAL DE LA
SASKATCHEWAN
LE PROCUREUR GENERAL DE L'ALBERTA
LE PROCUREUR GENERAL DE TERRE-
NEUVE
FOUR NATIONS CONFEDERACY INC.

THE ATTORNEY GENERAL OF NOVA
SCOTIA
THE ATTORNEY GENERAL OF MANITOBA
THE ATTORNEY GENERAL OF BRITISH
COLUMBIA
THE ATTORNEY GENERAL OF PRINCE
EDWARD ISLAND
THE ATTORNEY GENERAL OF
SASKATCHEWAN
THE ATTORNEY GENERAL OF ALBERTA
THE ATTORNEY GENERAL OF NEWFOUND-
LAND
FOUR NATIONS CONFEDERACY INC.

(Intervenants appuyant
le procureur général du
Québec)

(Intervenants supporting
the Attorney General of
Quebec)

LE PROCUREUR GENERAL DE L'ONTARIO
LE PROCUREUR GENERAL DU NOUVEAU-
BRUNSWICK

THE ATTORNEY GENERAL OF ONTARIO
THE ATTORNEY GENERAL OF NEW
BRUNSWICK

(Intervenants appuyant
le procureur général du
Canada)

(Intervenants supporting
the Attorney General of
Canada)

CORAM:

CORAM:

Le très honorable Bora Laskin,
C.P., C.J.C.
L'honorable juge Martland
L'honorable juge Ritchie
L'honorable juge Dickson
L'honorable juge Beetz
L'honorable juge Estey
L'honorable juge McIntyre
L'honorable juge Chouinard
L'honorable juge Lamer

The Right Honourable Bora Laskin,
P.C., C.J.C.
The Hon. Mr. Justice Martland
The Hon. Mr. Justice Ritchie
The Hon. Mr. Justice Dickson
The Hon. Mr. Justice Beetz
The Hon. Mr. Justice Estey
The Hon. Mr. Justice McIntyre
The Hon. Mr. Justice Chouinard
The Hon. Mr. Justice Lamer

Appel entendu
le 4 mai 1981

Appeal heard
May 4, 1981

Jugement prononcé
le 28 septembre 1981

Judgment pronounced
September 28, 1981

otifs portant sur la question
et l'aspect juridique de la
uestion B par

e Juge en chef

'honorable juge Dickson
'honorable juge Beetz
'honorable juge Estey
'honorable juge McIntyre
'honorable juge Chouinard
'honorable juge Lamer

otifs de concours sur la question
et de dissidence sur l'aspect
uridique de la question B par

'honorable juge Martland
'honorable juge Ritchie

otifs portant sur l'aspect
onventionnel de la question
par

'honorable juge Martland
'honorable juge Ritchie
'honorable juge Dickson
'honorable juge Beetz
'honorable juge Chouinard
'honorable juge Lamer

otifs de dissidence portant sur
'aspect conventionnel de la
uestion B par

e Juge en chef

'honorable juge Estey
'honorable juge McIntyre

vocats à l'audience:

our l'appelant:

e Colin K. Irving
e Georges Emery, c.r.
e Lucien Bouchard
e Peter S. Martin

our le procureur général
e la Nouvelle-Ecosse

e Gordon F. Coles, c.r.
e Reinhold M. Enders
e Mollie Dunsmuir

our le procureur général du
anitoba

e A. Kerr Twaddle, c.r.
e Douglas A.J. Schmeiser
e Brian F. Squair

our le procureur général de
a Colombie-Britannique

D.M.M. Goldie, c.r.
E.R.A. Edwards
C.F. Willms

our le procureur général de
lle-du-Prince-Edouard

Ian W.H. Bailey

Reasons on Question A and the
legal aspect of Question B
by

The Chief Justice

The Hon. Mr. Justice Dickson
The Hon. Mr. Justice Beetz
The Hon. Mr. Justice Estey
The Hon. Mr. Justice McIntyre
The Hon. Mr. Justice Chouinard
The Hon. Mr. Justice Lamer

Reasons concurring on Question A
and dissenting on the legal aspect
of Question B by

The Hon. Mr. Justice Martland
The Hon. Mr. Justice Ritchie

Reasons on the conventional
aspect of Question B by

The Hon. Mr. Justice Martland
The Hon. Mr. Justice Ritchie
The Hon. Mr. Justice Dickson
The Hon. Mr. Justice Beetz
The Hon. Mr. Justice Chouinard
The Hon. Mr. Justice Lamer

Dissenting reasons on the con-
ventional aspect of Question B
by

The Chief Justice

The Hon. Mr. Justice Estey
The Hon. Mr. Justice McIntyre

Counsel at hearing:

For the appellant:

Mr. Colin K. Irving
Mr. Georges Emery, Q.C.
Mr. Lucien Bouchard
Mr. Peter S. Martin

For the Attorney General of
Nova Scotia

Mr. Gordon F. Coles, Q.C.
Mr. Reinhold M. Enders
Ms. Mollie Dunsmuir

For the Attorney General of
Manitoba

Mr. A. Kerr Twaddle, Q.C.
Mr. Douglas A.J. Schmeiser
Mr. Brian F. Squair

For the Attorney General of
British Columbia

Mr. D.M.M. Goldie, Q.C.
Mr. E.R.A. Edwards
Mr. C.F. Willms

For the Attorney General of
Prince Edward Island

Mr. Ian W.H. Bailey

our le procureur général de
a Saskatchewan

e K. Lysyk, c.r.
e Darryl Bogdasavich
e John D. Whyte

our le procureur général de
'Alberta

e Ross W. Paisley, c.r.
e William Henkel, c.r.

our le procureur général de
erre-Neuve

e John J. O'Neill, c.r.
e John J. Ashley
e James L. Thistle .

our Four Nations Confederacy Inc.

e D'Arcy C.H. McCaffrey, c.r.

our l'intimé:

e Michel Robert
e Raynold Langlois
e Louis Reynolds

our le procureur général de
'Ontario

e Roy McMurtry, c.r.
e D.W. Mundell, c.r.
e John Cavarzan, c.r.
e Lorraine E. Weinrib

our le procureur général du
ouveau Brunswick

e Alan D. Reid
e Alfred R. Landry, c.r.

For the Attorney General of
Saskatchewan

Mr. K. Lysyk, Q.C.
Mr. Darryl Bogdasavich
Mr. John D. Whyte

For the Attorney General of
Alberta

Mr. Ross W. Paisley, Q.C.
Mr. William Henkel, Q.C.

For the Attorney General of
Newfoundland

Mr. John J. O'Neill, Q.C.
Mr. John J. Ashley
Mr. James L. Thistle

For Four Nations Confederacy Inc.

Mr. D'Arcy C.H. McCaffrey, Q.C.

For the respondent:

Mr. Michel Robert
Mr. Raynold Langlois
Mr. Louis Reynolds

For the Attorney General of
Ontario

Mr. Roy McMurtry, Q.C.
Mr. D.W. Mundell, Q.C.
Mr. John Cavarzan, Q.C.
Ms. Lorraine E. Weinrib

For the Attorney General
of New Brunswick

Mr. Alan D. Reid
Mr. Alfred R. Landry, Q.C.

IN THE SUPREME COURT OF CANADA

IN THE MATTER of an Act for expediting
the decision of constitutional and
other provincial questions, being
R.S.M. 1970, c. C-180

AND IN THE MATTER of a Reference pursuant
thereto by the Lieutenant Governor in
Council to the Court of Appeal for Manitoba
for hearing and consideration, the questions
concerning the amendment of the Constitution
of Canada as set out in Order in Council
No. 1020/80

THE ATTORNEY GENERAL OF MANITOBA

(Appellant)

-and-

THE ATTORNEY GENERAL OF QUEBEC
THE ATTORNEY GENERAL OF NOVA SCOTIA
THE ATTORNEY GENERAL OF BRITISH COLUMBIA
THE ATTORNEY GENERAL OF PRINCE EDWARD ISLAND
THE ATTORNEY GENERAL OF SASKATCHEWAN
THE ATTORNEY GENERAL OF ALBERTA
THE ATTORNEY GENERAL OF NEWFOUNDLAND
FOUR NATIONS CONFEDERACY INC.

(Intervenors)

-v-

THE ATTORNEY GENERAL OF CANADA

(Respondent)

-and-

THE ATTORNEY GENERAL OF ONTARIO
THE ATTORNEY GENERAL OF NEW BRUNSWICK

(Intervenors)

IN THE MATTER of Section 6 of
The Judicature Act, R.S.N. 1970,
c. 187 as amended,

AND IN THE MATTER OF a Reference by the
Lieutenant-Governor in Council concerning
the effect and validity of the amendments
to the Constitution of Canada sought in
the 'Proposed Resolution for a Joint
Address to Her Majesty The Queen respecting
the Constitution of Canada'

THE ATTORNEY GENERAL OF CANADA

(Appellant)

-and-

THE ATTORNEY GENERAL OF ONTARIO
THE ATTORNEY GENERAL OF NEW BRUNSWICK

(Intervenors)

-v-

THE ATTORNEY GENERAL OF NEWFOUNDLAND

(Respondent)

-and-

THE ATTORNEY GENERAL OF QUEBEC
THE ATTORNEY GENERAL OF NOVA SCOTIA
THE ATTORNEY GENERAL OF MANITOBA
THE ATTORNEY GENERAL OF BRITISH COLUMBIA
THE ATTORNEY GENERAL OF PRINCE EDWARD ISLAND
THE ATTORNEY GENERAL OF SASKATCHEWAN
THE ATTORNEY GENERAL OF ALBERTA
FOUR NATIONS CONFEDERACY INC.

(Intervenors)

AND IN THE MATTER of a Reference to
the Court of Appeal of Quebec relative
to a draft Resolution containing a
joint address to Her Majesty The Queen
concerning the Constitution of Canada

THE ATTORNEY GENERAL OF QUEBEC

(Appellant/Respondent)

-and-

THE ATTORNEY GENERAL OF CANADA

(Respondent/Appellant)

-and-

THE ATTORNEY GENERAL FOR MANITOBA
THE ATTORNEY GENERAL OF BRITISH COLUMBIA
THE ATTORNEY GENERAL OF PRINCE EDWARD ISLAND
THE ATTORNEY GENERAL OF ALBERTA
THE ATTORNEY GENERAL OF NOVA SCOTIA
THE ATTORNEY GENERAL OF SASKATCHEWAN
FOUR NATIONS CONFEDERACY INC.

(Intervenors supporting the
Attorney General of Quebec)

-and-

THE ATTORNEY GENERAL OF ONTARIO
THE ATTORNEY GENERAL OF NEW BRUNSWICK

(Intervenors supporting the
Attorney General of Canada)

CORAM: The Chief Justice and Martland, Ritchie, Dickson,
Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard and Lamer JJ.

THE CHIEF JUSTICE and DICKSON, BEETZ,
ESTEY, MCINTYRE, CHOUINARD and LAMER JJ.

I

Three appeals as of right are before this Court, concerning in the main common issues. They arise out of three References made, respectively, to the Manitoba Court of Appeal, to the Newfoundland Court of Appeal and to the Quebec Court of Appeal by the respective Governments of the three Provinces.

Three questions were posed in the Manitoba Reference, as follows:

1. If the amendments to the Constitution of Canada sought in the "Proposed Resolution for a Joint Address to Her Majesty the Queen respecting the Constitution of Canada", or any of them, were enacted, would federal-provincial relationships or the powers, rights or privileges granted or secured by the Constitution of Canada to the provinces, their legislatures or governments be affected and if so, in what respect or respects?
2. Is it a constitutional convention that the House of Commons and Senate of Canada will not request Her Majesty the Queen to lay before the Parliament of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland a measure to amend the Constitution of Canada affecting federal-provincial relationships or the powers, rights or privileges granted or secured by the Constitution of Canada to the provinces, their legislatures or governments without first obtaining the agreement of the provinces?
3. Is the agreement of the provinces of Canada constitutionally required for amendment to the Constitution of Canada where such amendment affects federal-provincial relationships or alters the powers, rights or privileges granted or secured by the Constitution of Canada to the provinces, their legislatures or governments?

The same three questions were asked in the Newfoundland Reference and, in addition, a fourth question was put in these terms:

4. If Part V of the proposed resolution referred to in question 1 is enacted and proclaimed into force could

- (a) the Terms of Union, including terms 2 and 17 thereof contained in the Schedule to the British North America Act 1949 (12 - 13 George VI, c. 22 (U.K.)), or
- (b) section 3 of the British North America Act, 1871 (34-35 Victoria, c. 28 (U.K.))

be amended directly or indirectly pursuant to Part V without the consent of the Government, Legislature or a majority of the people of the Province of Newfoundland voting in a referendum held pursuant to Part V?

In the Quebec Reference there was a different formulation, two questions being asked which read:

TRANSLATION

A. If the Canada Act and the Constitution Act 1981 should come into force and if they should be valid in all respects in Canada would they affect:

(i) the legislative competence of the provincial legislatures in virtue of the Canadian Constitution?

(ii) the status or role of the provincial legislatures or governments within the Canadian Federation?

B. Does the Canadian Constitution empower, whether by statute, convention or otherwise, the Senate and the House of Commons of Canada to cause the Canadian Constitution to be amended without the consent of the provinces and in spite of the objection of several of them, in such a manner as to affect:

(i) the legislative competence of the provincial legislatures in virtue of the Canadian Constitution?

(ii) the status or role of the provincial legislatures or governments within the Canadian Federation?

The answers given by the Judges of the Manitoba Court of Appeal, each of whom wrote reasons, are as follows:

Freedman C.J.M.:

- Question 1 - Not answered, because it is tentative and premature.
- Question 2 - No
- Question 3 - No

Hall, J.A.:

- Question 1 - Not answered because it is not appropriate for judicial response, and, in any event, the question is speculative and premature.
- Question 2 - Not answered because it is not appropriate for judicial response.
- Question 3 - No, because there is no legal requirement of provincial agreement to amendment of the Constitution as asserted in the question.

Matas, J.A.:

Question 1 - Not answered, because it is speculative and premature.

Question 2 - No

Question 3 - No

O'Sullivan, J.A.:

Question 1 - Yes, as set out in reasons.

Question 2 - The constitutional convention referred to has not been established as a matter simply of precedent; it is, however, a constitutional principle binding in law that the House of Commons and Senate of Canada should not request Her Majesty the Queen to lay before the Parliament of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland any measure to amend the Constitution of Canada affecting federal-provincial relationships or the powers, rights or privileges granted or secured by the Constitution of Canada to the provinces, their legislatures or governments without first obtaining the agreement of the provinces.

Question 3 - Yes, as set out in reasons.

Huband, J.A.:

Question 1 - Yes

Question 2 - No

Question 3 - Yes

The Newfoundland Court of Appeal, in reasons of the Court concurred in by all three Judges who sat on the Reference, answered all three questions common to the Manitoba Reference in the affirmative. The Court answered the fourth question in this way:

(1) By Sec. 3 of the British North America Act, 1871, Term 2 of the Terms of Union cannot now be changed without the consent of the Newfoundland Legislature.

(2) By Sec. 43 of the "Constitution Act", as it now reads, none of the Terms of Union can be changed without the consent of the Newfoundland Legislative Assembly.

(3) Both of these sections can be changed by the amending formulae prescribed in Sec. 41 and the Terms of Union could then be changed without the consent of the Newfoundland Legislature.

(4) If the amending formula under Sec. 42 is utilized, both of these sections can be changed by a referendum held pursuant to the provisions of Sec. 42. In this event, the Terms of Union could then be changed without the consent of the Newfoundland Legislature, but not without the consent of the majority of the Newfoundland people voting in a referendum.

The Quebec Court of Appeal, in reasons delivered by each of the five Judges who sat on the Reference, answered the two questions submitted to it as follows:

TRANSLATION

Question A	i)	yes	(unanimously)
	ii)	yes	(unanimously)
Question B	i)	yes	(Bisson J.A. dissenting) would answer no)
	ii)	yes	(Bisson J.A. dissenting) would answer no)

II

The References in question here were prompted by the opposition of six Provinces, later joined by two others, to a proposed Resolution which was published on October 2, 1980 and intended for submission to the House of Commons and as well to the Senate of Canada. It contained an address to be presented to Her Majesty The Queen in right of the United Kingdom respecting what may generally be referred to as the Constitution of Canada. The address laid before the House of Commons on October 6, 1980, was in these terms:

To the Queen's Most Excellent Majesty:
Most Gracious Sovereign:

We, Your Majesty's loyal subjects, the
House of Commons of Canada in
Parliament assembled, respectfully approach
Your Majesty, requesting that you may graciously
be pleased to cause to be laid before the
Parliament of the United Kingdom a measure
containing the recitals and clauses
hereinafter set forth:

An Act to give effect to a request by the
Senate and House of Commons of Canada

Whereas Canada has requested and consented
to the enactment of an Act of the Parliament
of the United Kingdom to give effect to the
provisions hereinafter set forth and the
Senate and the House of Commons of Canada
in Parliament assembled have submitted an
address to Her Majesty requesting that Her
Majesty may graciously be pleased to cause
a Bill to be laid before the Parliament of
the United Kingdom for that purpose.

Be it therefore enacted by the Queen's
Most Excellent Majesty, by and with the
advice and consent of the Lords Spiritual
and Temporal, and Commons, in this present
Parliament assembled, and by the authority
of the same, as follows:

1. The *Constitution Act, 1981* set out in Schedule B to this Act is hereby enacted for and shall have the force of law in Canada and shall come into force as provided in that Act.

2. No Act of Parliament of the United Kingdom passed after the *Constitution Act, 1981* comes into force shall extend to Canada as part of its law.

3. So far as it is not contained in Schedule B, the French version of this Act is set out in Schedule A to this Act and has the same authority in Canada as the English version thereof.

4. This Act may be cited as the *Canada Act*.

It will be noticed that included in the terms of the address are the words "cause to be laid before the Parliament of the United Kingdom" and that they are reflected in question B put before the Quebec Court of Appeal. The proposed Resolution, as the terms of the address indicate, includes a statute which, in turn, has appended to it another statute providing for the patriation of the *British North America Act* (and a consequent change of name), with an amending procedure, and a *Charter of Rights and Freedoms* including a range of provisions (to be entrenched against legislative invasion) which it is unnecessary to enumerate. The proposed Resolution carried the approval of only two Provinces, Ontario and New Brunswick, expressed by their respective Governments. The opposition of the others, save Saskatchewan, was based on their assertion that both conventionally and legally the consent of all the Provinces was required for the address to go forward to Her Majesty with the appended statutes. Although there was general agreement on the desirability of patriation with an amending procedure, agreement could not be reached at conferences preceding the introduction of the proposed Resolution into the House of Commons, either on the constituents of such a procedure or on the formula to be embodied therein, or on the inclusion of a *Charter of Rights*.

The References to the respective Courts of Appeal were made and the hearings on the questions asked were held before the proposed Resolution was adopted. This fact underlays

the unwillingness of Judges in the Manitoba Court of Appeal to answer question 1; changes might be made to the proposed Resolution in the course of debate and hence the assertion of prematurity.

The proposed Resolution, as adopted by the House of Commons on April 23, 1981 and by the Senate on April 24, 1981, achieved its final form (there were but a few amendments to the original proposal) almost on the eve of the hearings in this Court on the three appeals. Indeed, the opinions of the Courts in all three References were given and certified before the ultimate adoption of the proposed Resolution. The result of its adoption by the Senate and by the House of Commons was to change the position of the Attorney General of Canada and of his two supporting intervenors on the propriety of answering question 1 in the Manitoba and Newfoundland References. He abandoned his initial contention that the question should not be answered.

III

The Reference legislation under which the various questions were put to the three Courts of Appeal is in wide terms. The Manitoba legislation, *An Act for Expediting the Decision of Constitutional and other Provincial Questions*, R.S.M. 1970, c. C-180 provides in s. 2 that the Lieutenant-Governor in Council may refer to the Court of Queen's Bench or a Judge thereof or to the Court of Appeal or a Judge thereof for hearing or consideration "any matter which he thinks fit to refer". The *Newfoundland Judicature Act*, R.S.Nfld. 1970, c. 187, s. 6, as amended, similarly provides for a reference by the Lieutenant-Governor in Council to the Court of Appeal of "any matter which he thinks fit to refer". The *Court of Appeal Reference Act*, R.S.Q. 1977, c. R-23, s. 1 authorizes the Government of Quebec to refer to the Court of

Appeal for hearing and consideration "any question which it deems expedient". The scope of the authority in each case is wide enough to saddle the respective Courts with the determination of questions which may not be justiciable and there is no doubt that those Courts, and this Court on appeal, have a discretion to refuse to answer such questions.

In the appeals now before this Court, it will have been noticed that three members of the Manitoba Court of Appeal refused to answer the first question before that Court as being tentative and premature or speculative and premature, and one of those Judges, Hall J.A., refused to answer the second question as not being appropriate for judicial response. As has already been noted, the adoption of the proposed Resolution by the Senate and House of Commons changed the position of the Attorney General of Canada who conceded in this Court that it was answerable. There is no doubt in this Court that since the first question in the Manitoba and Newfoundland References and question A in the Quebec Reference concern the construction of a document, especially one said to be in its final form, a justiciable issue is raised.

There is equally no doubt that the third question in those two References and question B in the Quebec Reference raise justiciable issues and, clearly, they must be answered when they raise questions of law. The different formulation of question B in the Quebec Reference, addressed to the authority of the federal Houses by convention, statute or otherwise to cause the Constitution to be amended (as proposed by the Resolution) without the consent of the Provinces, combines issues raised separately in questions 2 and 3 in the other References.

IV

A summary of the views expressed in the Courts below on the various questions before them may usefully be set out at this point.

In the Manitoba Court of Appeal, the Chief Justice, Hall and Matas JJ.A. declined to answer question 1 because they felt the question was speculative and premature. O'Sullivan and Huband JJ.A. in dissent each answered question 1 in the affirmative.

The Chief Justice, Matas and Huband JJ.A. answered question 2 in the negative. The Chief Justice canvassed previous amendments, and on that basis decided that no convention of provincial consent existed. Huband J.A. concurred with the Chief Justice. Matas J.A. also concurred, and went on to point out the numerous undefined and uncertain aspects of the alleged convention. Hall J.A. declined to answer question 2, being of the opinion that conventions were in the realm of politics and inappropriate for judicial consideration. O'Sullivan J.A. in dissent, declined to find any convention in precedent, but nonetheless stated that there was a "constitutional principle" requiring provincial consent.

Question 3 was answered in the negative by the Chief Justice, Hall and Matas JJ.A.. Any "crystallization" of a convention was denied, as was the allegation of provincial "sovereignty". The Chief Justice analyzed and rejected the "compact theory" as a source of legal obligation. He was further of the view that the "sovereignty" contended for by the Provinces did not flow from the legislative supremacy granted by s. 92 of the *British North America Act*, but rather from something in the nature of an inherent right flowing from the fact of union. As such, it bore a direct relationship to the "compact theory", and was untenable. Hall J.A. unequivocally rejected the "compact theory" also,

and denied that provincial supremacy within s. 92 created a legal requirement of provincial consent to constitutional amendment. Matas J.A. noted that the *Statute of Westminster, 1931*, gave the Provinces no new powers over amendment, and he also set out various limitations upon provincial legislative supremacy. O'Sullivan J.A. in dissent discussed and accepted the "compact theory", and further held that provincial sovereignty within s. 92 made it illegal for anyone to interfere with that sovereignty without provincial consent. Huband J.A. agreed, without expressing any opinion on the "compact theory". He was of the view that the Crown in these matters must rely on the advice of its provincial ministers. Further, he said that the United Kingdom Parliament is a "bare legislative trustee" for both the Provinces and the federal Parliament.

The Court of Appeal of Newfoundland began with question 3. It stressed the *Statute of Westminster* and the discussions leading to its passage, found that the United Kingdom had renounced all legislative sovereignty over Canada, and acts as a "bare legislative trustee" of the provincial legislatures and the federal Parliament. The Provinces, it said, were "autonomous communities", and the United Kingdom Parliament could not pass an amendment over their objections.

As to question 2, the Court analyzed the precedents and various positions of political figures. Stress was placed upon the 1965 federal White Paper on "The Amendment of the Constitution of Canada", and on the few occasions when provincial consent was obtained. The Court concluded that the direction of constitutional thinking has been towards the recognition of the right of the Provinces to be consulted, and answered question 2 in the affirmative.

Addressing question 1 in broad terms, the Court concluded it clearly must be answered in the affirmative.

Question 4, particular to the Newfoundland Reference, concerned the exact effect of the proposed amending formula upon the Terms of Union on which Newfoundland entered Confederation. The Court gave a complex answer which has already been quoted.

The Quebec Court of Appeal was in general faced with the same questions that were before the other Courts although phrased in a different way. All five members of the Court delivered reasons.

The Court unanimously answered question A in the affirmative. Four members of the Court answered question B in the affirmative, Bisson J.A. dissenting. As to question B, the Chief Justice of Quebec rejected any convention of provincial consent, and noted rather that any convention was in favour of the federal Parliament alone proceeding by joint resolution. The effect of the *Statute of Westminster* was simply to leave the legal power to amend the Constitution in the United Kingdom Parliament.

Owen J.A. stated that although the resolution was not specifically authorized by statute, the inherent power of Parliament justified the action. He rejected the "sovereignty", convention and "compact theory" arguments by reference to the reasons of Turgeon J.A.. He noted that the provincial argument was weakened by the fact that Canada is not "the theoretical ideal confederation contemplated by text-book writers".

Turgeon J.A. affirmed that the power to amend before 1931 was in the United Kingdom Parliament, and the *Statute of Westminster* changed nothing. He listed the various fetters on provincial legislative supremacy, and noted that only the federal Parliament could act extra-territorially. After a lengthy analysis of previous amendments, he denied the existence of any convention of provincial consent. He also held the "compact theory" to be without historical or legal support.

Bélanger J.A. doubted whether a resolution, as a matter of internal Parliamentary procedure, was susceptible

to review by a court. Nonetheless, he answered question B in the affirmative, concurring with the Chief Justice and Turgeon J.A., and asking rhetorically whether it was the "essence of a federal union" that it remain stagnant and incapable of evolution in the face of perhaps only one provincial objection.

Bisson J.A. dissented on question B, and characterized the Resolution as a "quasi-legislative" act. In upholding provincial "sovereignty", he stressed the conferences and resolutions which preceded Confederation and which were given "legislative sanction" in the *British North America Act*. Canada, he held, was a "quasi-federation". Although provincial sovereignty was limited in some ways, nonetheless, the federal Parliament could not proceed alone. This, he said, was borne out by past practice.

V

The reasons which now follow deal with questions 1 and 3 in the Manitoba and Newfoundland References, with question 4 in the Newfoundland Reference, with question A in the Quebec Reference and with question B in that Reference in its legal aspect. Question 2 in the Manitoba and Newfoundland References and question B in the Quebec Reference in its comparable conventional aspect are dealt with in separate reasons.

VI

On the footing of the adopted Resolution, the Attorney General of Canada agrees that question 1 in the Manitoba and Newfoundland References and question A in the Quebec Reference should be answered in the affirmative as is asserted by the Attorneys General of Manitoba, Newfoundland and Quebec. Certainly, it is plain that under the terms of the enactments proposed in the Resolution, the legislative powers of the

provincial Legislatures would be affected, indeed, limited by the *Charter of Rights and Freedoms*. The limitations of the proposed *Charter of Rights and Freedoms* on legislative power apply both at the federal level and the provincial level. This does not, however, alter the fact that there is an intended suppression of provincial legislative power. Moreover, the enhancement of provincial legislative authority under some provisions of the proposed enactment, as for example, in respect of resource control, including interprovincial export, (albeit subject to federal paramountcy) and in respect of taxing power does not alter the fact that there is an effect on existing federal-provincial relationships under these and other provisions of the draft statute intended for submission to enactment by the Parliament of the United Kingdom.

The simple answer "yes" to question 1 and question A answers both of them sufficiently, even though question 1 asks also "in what respect or respects" would federal-provincial relationships and provincial powers, rights or privileges be affected. Counsel were agreed that it would carry them and the Court into considerable exposition of detail if this aspect of question 1 were to be explored; for the time being, an affirmative answer to the primary issue in the question would satisfy all concerned.

VII

Coming now to question 3 in the Manitoba and Newfoundland References and part B (on its legal side) in the Quebec Reference. By reason of the use of the words "constitutionally required" in question 3, the question imports both legal and conventional issues, and as the latter are dealt with in separate reasons, what follows is concerned only with the legal side of question 3 in

the Manitoba and Newfoundland References and part B (on its legal side) in the Quebec Reference, which meets the submissions of all counsel on this issue.

There are two broad aspects to the matter under discussion which divide into a number of separate issues: (1) the authority of the two federal Houses to proceed by Resolution where provincial powers and federal-provincial relationships are thereby affected and (2) the role or authority of the Parliament of the United Kingdom to act on the Resolution. The first point concerns the need of legal power to initiate the process in Canada; the second concerns legal power or want of it in the Parliament of the United Kingdom to act on the Resolution when it does not carry the consent of the Provinces.

The submission of the eight Provinces which invites this Court to consider the position of the British Parliament is based on the *Statute of Westminster, 1931* in its application to Canada. The submission is that the effect of the *Statute* is to qualify the authority of the British Parliament to act on the federal Resolution without previous provincial consent where provincial powers and interests are thereby affected, as they plainly are here. This issue will be examined later in these reasons.

Two observations are pertinent here. First, we have the anomaly that although Canada has international recognition as an independent, autonomous and self-governing state, as, for example, a founding member of the United Nations, and through membership in other international associations of sovereign states, yet it suffers from an internal deficiency in the absence of legal power to alter or amend the essential distributive arrangements under which legal authority is exercised in the country, whether at the federal or provincial level. When a country has been in

existence as an operating federal state for more than a century, the task of introducing a legal mechanism that will thereafter remove the anomaly undoubtedly raises a profound problem. Secondly, the authority of the British Parliament or its practices and conventions are not matters upon which this Court would presume to pronounce.

The proposition was advanced on behalf of the Attorney General of Manitoba that a convention may crystallize into law and that the requirement of provincial consent to the kind of Resolution that we have here, although in origin political, has become a rule of law. (No firm position was taken on whether the consent must be that of the Governments or that of the Legislatures.)

In our view, this is not so. No instance of an explicit recognition of a convention as having matured into a rule of law was produced. The very nature of a convention, as political in inception and as depending on a consistent course of political recognition by those for whose benefit and to whose detriment (if any) the convention developed over a considerable period of time is inconsistent with its legal enforcement.

The attempted assimilation of the growth of a convention to the growth of the common law is misconceived. The latter is the product of judicial effort, based on justiciable issues which have attained legal formulation and are subject to modification and even reversal by the Courts which gave them birth when acting within their role in the State in obedience to statutes or constitutional directives. No such parental role is played by the Courts with respect to conventions.

It was urged before us that a host of cases have given legal force to conventions. This is an overdrawn proposition.

One case in which direct recognition and enforcement of a convention was sought is *Madzimbamuto v. Lardner-Burke*, [1969] 1 A.C. 645. There the Privy Council rejected the assertion that a convention formally recognized by the United Kingdom as established, namely, that it would not legislate for Southern Rhodesia on matters within the competence of the latter's legislature without its government's consent, could not be overridden by British legislation made applicable to Southern Rhodesia after the unilateral declaration of independence by the latter's government. Speaking for the Privy Council, Lord Reid pointed out that although the convention was a very important one, "it had no legal effect in limiting the legal power of Parliament" (at p. 723). And, again (at the same page):

It is often said that it would be unconstitutional for the United Kingdom Parliament to do certain things, meaning that the moral, political and other reasons against doing them are so strong that most people would regard it as highly improper if Parliament did these things. But that does not mean that it is beyond the power of Parliament to do such things. If Parliament chose to do any of them the courts could not hold the Act of Parliament invalid. It may be that it would have been thought, before 1965, that it would be unconstitutional to disregard this convention. But it may also be that the unilateral Declaration of Independence released the United Kingdom from any obligation to observe the convention. Their Lordships in declaring the law are not concerned with these matters. They are only concerned with the legal powers of Parliament.

Counsel for Manitoba sought to distinguish this case on the ground that the *Statute of Westminster* did not embrace Southern Rhodesia, a point to which the Privy Council adverted. The *Statute of Westminster* will be considered later in these reasons, but if it had been in force in Southern Rhodesia it would be only under its terms and not through any conventional rule *per se* that the Parliament of the United Kingdom would have desisted from legislating for Southern Rhodesia.

Quite a number of cases were cited on which counsel for Manitoba relied to support his contention of

conventions crystallizing into law. The chief support put forward for the "crystallization into law" proposition was the opinion of Duff C.J.C. in *Reference re Weekly Rest in Industrial Undertakings Act*, [1936] S.C.R. 461, better known as the *Labour Conventions* case when appealed to the Privy Council, [1937] A.C. 326, which took a different view on the constitutional merits than did the equally divided Supreme Court of Canada. The issue, so far as it touched the matter under discussion here, concerned the alleged want of power of the Governor General in Council, the federal executive, to enter into a treaty or accept an international obligation toward and with a foreign state, especially where the substance of the treaty or obligation related to matters which, legislatively within Canada, were within exclusive provincial competence.

The following portion of the reasons of Sir Lyman Duff contains the passage relied on, but extends it for more accurate context (at pp. 476-8):

With reference to the Report of the Conference of 1926, which in explicit terms recognizes treaties in the form of agreements between governments (to which His Majesty is not, in form, a party), it is said that since an Imperial Conference possesses no legislative power, its declarations do not operate to effect changes in the law, and it is emphatically affirmed that, in point of strict law, neither the Governor General nor any other Canadian authority has received from the Crown power to exercise the prerogative.

The argument is founded on the distinction it draws between constitutional convention and legal rule; and it is necessary to examine the contention that, in point of legal rule, as distinct from constitutional convention, the Governor General in Council had no authority to become party by ratification to the convention with which we are concerned.

There are various points of view from which this contention may be considered. First of all, constitutional law consists very largely of established constitutional usages recognized by the Courts as embodying a rule of law. An Imperial Conference, it is true, possesses no legislative authority. But there could hardly be more authoritative evidence as to constitutional usage than the declarations of such a Conference. The Conference of 1926 categorically recognizes treaties in the form of agreements between

governments in which His Majesty does not formally appear, and in respect of which there has been no Royal intervention. It is the practice of the Dominion to conclude with foreign countries agreements in such form, and agreements even of a still more informal character--merely by an exchange of notes. Conventions under the auspices of the Labour Organization of the League of Nations invariably are ratified by the Government of the Dominion concerned. As a rule, the crystallization of constitutional usage into a rule of constitutional law to which the Courts will give effect is a slow process extending over a long period of time; but the Great War accelerated the pace of development in the region with which we are concerned, and it would seem that the usages to which I have referred, the practice, that is to say, under which Great Britain and the Dominions enter into agreements with foreign countries in the form of agreements between governments and of a still more informal character, must be recognized by the Courts as having the force of law.

Indeed, agreements between the Government of Canada and other governments in the form of an agreement between Governments, to which His Majesty is not a party, have been recognized by the Judicial Committee of the Privy Council as adequate in international law to create an international obligation binding upon Canada (*Radio Reference*, [1932] A.C. 304.) ...

Ratification was the effective act which gave binding force to the convention. It was, as respects Canada, the act of the Government of Canada alone, and the decision mentioned appears, therefore, to negative decisively the contention that, in point of strict law, the Government of Canada is incompetent to enter into an international engagement.

What the learned Chief Justice was dealing with was an evolution which is characteristic of customary international law; the attainment by the Canadian federal executive of full and independent power to enter into international agreements. (Indeed, in speaking of "convention" in the last quoted paragraph, he was referring to an international agreement and, similarly, in the use of the word in the second last line of the second paragraph of the quotation and again in the middle of the third paragraph.) International law perforce has had to develop, if it was to exist at all, through commonly recognized political practices of states, there being no governing constitution, no legislating authority,

no executive enforcement authority and no generally accepted judicial organ through which international law could be developed. The situation is entirely different in domestic law, in the position of a state having its own governing legislative, executive and judicial organs and, in most cases, an overarching written constitution.

Chief Justice Duff indicated his view of convention as allegedly maturing into law in a domestic setting in *Reference re Disallowance and Reservation of Provincial Legislation*, [1938] S.C.R. 71. There it was urged that a certain portion of s. 90 of the *British North America Act* (incorporating, in respect of the Provinces, ss. 56 and 57, with some modification) had by reason of convention become spent and was suspended by the alleged convention. As to this, the Chief Justice said (at p. 78):

We are not concerned with constitutional usage. We are concerned with questions of law which, we repeat, must be determined by reference to the enactments of the *British North America Acts* of 1867 to 1930, the *Statute of Westminster*, and, it might be, to relevant statutes of the Parliament of Canada if there were any.

Section 90 which, with the changes therein specified, re-enacts sections 55, 56 and 57 of the *B.N.A. Act*, is still subsisting. It has not been repealed or amended by the Imperial Parliament and it is quite clear that, by force of subsection 1 of section 7 of the *Statute of Westminster*, the Dominion Parliament did not acquire by that statute, any authority to repeal, amend or alter the *British North America Acts*. Whether or not, by force of section 91 (29) and section 92 (1) of the *B.N.A. Act*, the Dominion Parliament has authority to legislate in respect of reservation, it is not necessary to consider because no such legislation has been passed.

The powers are, therefore, subsisting. Are they subject to any limitation or restriction?

Once more, we are not concerned with constitutional usage or constitutional practice.
...

There is nothing in the other judgments delivered in the *Labour Conventions* case, either in the Supreme Court or in the Privy Council that takes the matter there beyond its international law setting or lends credence to the

crystallization proposition urged by counsel for the Attorney General of Manitoba and, it should be said, supported by other Provinces and by observations in the reasons of the Newfoundland Court of Appeal. Other cases cited for the proposition turn out, on examination, to be instances where the Courts proceeded on firm statutory or other legal principles. This is as true of the observation of Viscount Sankey on the position of the Privy Council in *British Coal Corp. v. The King*, [1935] A.C. 500 at p. 510, as it is of the denial of injunctive relief in respect of disclosure of the Crossman diaries in *Attorney-General v. Jonathon Cape Ltd.*, [1976] 1 Q.B. 752. The Court pointed out in the latter case that it had the power to restrain breaches of confidence where demanded in the public interest, although the confidence stemmed from a convention respecting Cabinet deliberations. However, the need for restraint had gone because of the passage of time. The Court was applying its own legal principles as it might to any question of confidence, however it arose.

A close look at some other cases and issues raised on so-called crystallization reveals no support for the contention. Nothing need be said about Crown immunity or Crown prerogative, which rested firmly on common law principles and have long since been transformed by various statutes. Among cases put forward, were *Commercial Cable Co. v. Government of Newfoundland*, [1916] 2 A.C. 610, *Alexander E. Hull & Co. v. McKenna*, [1926] 1 R. 402 and *Copyright Owners v. E.M.I. (Australia) Pty. Ltd.* (1958), 100 C.L.R. 597, *Blackburn v. Attorney-General*, [1971] 2 All E.R. 1380 and the judgment of this Court in the Senate Reference, *Re Authority of Parliament in relation to the Upper House*, [1980] 1 S.C.R. 54.

In the *Commercial Cable Co.* case, a certain contract was held not to be binding on the Government of

Newfoundland when it was not approved by a resolution of the House of Assembly as required by a rule of the House promulgated pursuant to statute. *Hull v. McKenna* was the first instance of an application for leave to appeal to the Privy Council from the Court of Appeal, the final Court of the Irish Free State, which had been recognized as a Dominion under a treaty with the United Kingdom. The question at issue was the application of Privy Council practice on petitions to it for leave to appeal. The legal issue, on which the case turned, was the manner in which the Privy Council exercised its discretion on such petitions.

The *Copyright Owners* case, somewhat involved in its facts, concerned the effect upon and in Australia of a British Act of 1928 and a subsequent Act of 1956. The latter Act repealed the *British Copyright Act* of 1911 which, pursuant to its terms had been brought into force in Australia by Commonwealth legislation. The *British Act* of 1911 expressly declared that it would not extend to a self-governing Dominion unless declared by the legislature of that Dominion to be in force there, and with certain limited modifications if thought desirable. The 1956 *Act*, as a post-*Statute of Westminster Act* did not apply to Australia when there was no declaration that the Commonwealth had requested and consented to its application. Hence the 1911 *British Act* was left in force in Australia; indeed, it was so protected under the 1956 *British Act*, although as Dixon C.J. noted, it was perhaps unnecessary to say so in view of s. 4 of the *Statute of Westminster*.

The real issue concerned the *British Act* of 1928 which confirmed a Board of Trade order, resulting in the increase of the royalty payable for reproduction of musical works beyond that fixed by the *Act* of 1911. There was provision in the 1911 *Act* for alteration of rates through an inquiry by the Board of Trade and the making of

an order to be confirmed by statute. Although the *Statute of Westminster* was three years away, the High Court applied a rule of construction against any British legislative intention, even in 1928, to apply its legislation to Australia when it did not expressly say so. True, this took account of political practice but it was the Court's application of rules of interpretation which governed and the political practice would have counted for nothing if the British legislation of 1928 had been made expressly applicable to Australia. The following passage from the reasons of McTiernan J. is instructive (at p. 613):

... The rule of construction which found its source in the political and constitutional relations between the United Kingdom and the Commonwealth of Australia before the *Statute of Westminster* would raise a presumption that the Act of 1928 was not intended to operate of its own force in this country. Needless to say, it is a rule of construction which this Court would be expected to apply. The fact that the Parliament of the Commonwealth in adopting the *Copyright Act* 1911 (Imp.) made no special modifications in relation to s. 19 (3) does not seem to me to afford any reason for our departing from that rule of construction by holding that the Act of 1928 has force and effect in the Commonwealth. I think that it would be fanciful to say that although the latter Act does not apply in Australia as a piece of Imperial legislation, nevertheless, it may operate as no more than a fulfilment of the conditions prescribed by s. 19 (3) for altering the rates for the calculations of royalties. ...

An *obiter* of Lord Denning in the *Blackburn* case was urged before the Court to support the crystallization contention. The case itself arose through an attempt to stall negotiations for entry by the United Kingdom into the European Common Market on the ground that it would involve the surrender by the British Parliament of some at least of its traditional sovereignty. All three Judges in the case agreed that there was no doubt of the power of the United Kingdom executive to enter into treaties and that this was beyond judicial control. Lord Denning's *obiter* was as follows (at p. 1382):

We have all been brought up to believe that, in legal theory, one Parliament cannot bind another and that no Act is irreversible. But legal theory does not always march alongside political reality. Take the Statute of Westminster 1931, which takes away the power of Parliament to legislate for the dominions. Can anyone imagine that Parliament could or would reverse that statute? Take the Acts which have granted independence to the dominions and territories overseas. Can anyone imagine that Parliament could or would reverse those laws and take away their independence? Most clearly not. Freedom once given cannot be taken away. Legal theory must give way to practical politics. ...

What are the realities here? If Her Majesty's Ministers sign this treaty and Parliament enacts provisions to implement it, I do not envisage that Parliament would afterwards go back on it and try to withdraw from it. But, if Parliament should do so, then I say we will consider that event when it happens. We will then say whether Parliament can lawfully do it or not.

Both sides referred us to the valuable article by Professor H W R Wade in the Cambridge Law Journal in which he said that 'sovereignty is a political fact for which no purely legal authority can be constituted'. That is true. We must wait to see what happens before we pronounce on sovereignty in the Common Market.

The relevance of this to the legal issues in the case is not clear. Certainly the other two Judges who sat in the case, Salmon and Stamp L.JJ., were of the view that the only concern of the Court is with the interpretation of legislation when enacted, not with the Crown's conduct in entering into treaties.

Finally, there was an appeal to the Senate Reference decision of this Court. It is baffling how it can be said that this Court recognized convention as having *per se* grown into law. What was involved was a proposed federal enactment sought to be justified mainly under s. 91(1) of the *British North America Act*. This Court held that the proposal, at least in its main features, was beyond federal competence. Although the Court referred to certain historical background for perspective on the position of the Senate as it was dealt with under the *British North America Act*, its fundamental duty was to examine the validity of a proposed federal measure sought to be justified under a grant of federal power under that *Act*.

As to all the cases cited, it must be said that there is no independent force to be found in selective quotations from a portion of the reasons unless regard is had to issues raised and the context in which the quotations are found.

We were invited to consider academic writings on the matter under discussion. There is no consensus among the author-scholars, but the better and prevailing view is that expressed in an article by *Munro*, *Laws and Conventions Distinguished* (1975), 91 Law Q. Rev. 218 where he says (at p. 228):

The validity of conventions cannot be the subject of proceedings in a court of law. Reparation for breach of such rules will not be effected by any legal sanction. There are no cases which contradict these propositions. In fact, the idea of a court enforcing a mere convention is so strange that the question hardly arises.

Another passage from this article deserves mention, as follows (at p. 224):

If in fact laws and conventions are different in kind, as is my argument, then an accurate and meaningful picture of the constitution may only be obtained if this distinction *is* made. If the distinction is blurred, analysis of the constitution is less complete; this is not only dangerous for the lawyer, but less than helpful to the political scientist. ...

There is no difference in approach whether the issue arises in a unitary state or in a federal state: see *Hogg*, *Constitutional Law of Canada* (1977), at pp. 7-11.

A contrary view relied on by the provincial appellants is that expressed by Professor W.R. Lederman in two published articles, one entitled *Process of Constitutional Amendment in Canada* (1967), 12 McGill L.J. 371 and the second entitled *Constitutional Amendment and Canadian Unity*, (1978) Law Soc. U.C. Lectures, 17. As a respected scholar, Professor Lederman's views deserve more than cursory consideration. He himself recognizes that there are contrary views, including those of an equally distinguished scholar, Professor F.R.

Scott: see *Scott*, *Essays on the Constitution* (1977), pp. 144, 169, 204-205, 245, 370-371, 402. There is also the contrary view of Professor Hogg, already cited.

Professor Lederman relies in part on a line of cases that has already been considered, especially the reasons of Sir Lyman Duff in the *Labour Conventions* case. The leap from convention to law is explained almost as if there was a common law of constitutional law, but originating in political practice. That is simply not so. What is desirable as a political limitation does not translate into a legal limitation, without expression in imperative constitutional text or statute. The position advocated is all the more unacceptable when substantial provincial compliance or consent is by him said to be sufficient. Although Professor Lederman would not give a veto to Prince Edward Island, he would to Ontario or Quebec or British Columbia or Alberta. This is an impossible position for a Court to manage. Further reference to this is made later in these reasons.

VIII

Turning now to the authority or power of the two federal Houses to proceed by Resolution to forward the address and appended draft statutes to Her Majesty the Queen for enactment by the Parliament of the United Kingdom. There is no limit anywhere in law, either in Canada or in the United Kingdom (having regard to s. 18 of the *British North America Act*, as enacted by 1875 (U.K.), c. 38, which ties the privileges, immunities and powers of the federal Houses to those of the British House of Commons) to the power of the Houses to pass resolutions. Under s. 18 aforesaid, the federal Parliament may by statute define those privileges, immunities and powers, so long as

they do not exceed those held and enjoyed by the British House of Commons at the time of the passing of the federal statute.

May, Treatise on the Law, Privileges, Proceedings and Usages of Parliament (1976, 19th ed), a leading treatise on British parliamentary proceedings, states (at p. 382):

Every question, when agreed to, assumes the form either of an order or of a resolution of the House. One or the other of these terms is applied in the records of the House to every motion which has been agreed to, and the application of the term is carefully regulated with reference to the content of the motion. By its orders the House directs its committees, its members, its officers, the order of its own proceedings and the acts of all persons whom they concern; by its resolutions the House declares its own opinions and purposes.

...

This passage is repeated almost verbatim in *Beauchesne's Parliamentary Rules and Forms* (1978, 5th ed.), at p. 150. The *Senate and House of Commons Act*, R.S.C. 1970, c. S-8, ss. 4 and 5, reinforces what is set out in s. 18 of the *British North America Act*, as amended in 1875.

How Houses of Parliament proceed, how a provincial Legislative Assembly proceeds is in either case a matter of self-definition, subject to any overriding constitutional or self-imposed statutory or indoor prescription. It is unnecessary here to embark on any historical review of the "court" aspect of Parliament and the immunity of its procedures from judicial review. Courts come into the picture when legislation is enacted and not before (unless references are made to them for their opinion on a Bill or a proposed enactment). It would be incompatible with the self-regulating -- "inherent" is as apt a word -- authority of Houses of Parliament to deny their capacity to pass any kind of Resolution. Reference may appropriately be made to article 9 of the *Bill of Rights* of 1689, undoubtedly in force as part of the law of Canada, which provides that "proceedings in Parliament ought not to be impeached or questioned in any Court or place out of Parliament".

It is said, however, that where the Resolution touches provincial powers, as the one in question here does, there is a limitation on federal authority to pass it on to Her Majesty The Queen unless there is provincial consent. If there is such a limitation, it arises not from any limitation on the power to adopt Resolutions but from an external limitation based on other considerations which will shortly be considered.

Although the *British North America Act* itself is silent on the question of the power of the federal Houses to proceed by Resolution to procure an amendment to the *Act* by an address to Her Majesty, its silence gives positive support as much as it may reflect the negative. Quebec question B suggests in its formulation that there is the necessity of affirmative proof of the power asserted, but it would be equally consistent with constitutional precedent to require disproof. Moreover, if the two federal Houses had the power to proceed by Resolution, how is it that they have lost it?

For the moment, it is relevant to point out that even in those cases where an amendment to the *British North America Act* was founded on a Resolution of the federal Houses after having received provincial consent, there is no instance, save in the *British North America Act 1930* where such consent was recited in the Resolution. The matter remained, in short, a conventional one within Canada, without effect on the validity of the Resolution in respect of United Kingdom action. The point is underscored in relation to the very first amendment directly affecting provincial legislative power, that in 1940 which added "Unemployment Insurance" to the catalogue of exclusive federal powers. Sir William Jowitt, then Solicitor-General, and later Lord Chancellor, was asked in the British House of Commons about provincial

consent when the amendment was in course of passage. The question put to him and his answer are as follows (see 362 U.K. Parl. Deb. 5th Series, H.C. 1177-1181);

Mr. Mander ... In this bill we are concerned only with the Parliament of Canada, but, as a matter of interest, I would be obliged if the Solicitor-General would say whether the Provincial Canadian Parliaments are in agreement with the proposals submitted by the Dominion Parliament ...

Sir William Jowitt ... One might think that the Canadian Parliament was in some way subservient to ours, which is not the fact. The true position is that at the request of Canada this old machinery still survives until something better is thought of, but we square the legal with the constitutional position by passing these Acts only in the form that the Canadian Parliament require and at the request of the Canadian Parliament.

My justification to the House for this Bill -- and it is important to observe this -- is not on the merits of the proposal, which is a matter for the Canadian Parliament; if we were to embark upon that, we might trespass on what I conceive to be their constitutional position. The sole justification for this enactment is that we are doing in this way what the Parliament of Canada desires to do....

In reply to the hon. Member for East Wolverhampton (Mr. Mander), I do not know what the view of the Provincial Parliaments is. I know, however, that when the matter was before the Privy Council some of the Provincial Parliaments supported the Dominion Parliament. It is a sufficient justification for the Bill that we are morally bound to act on the ground that we have here the request of the Dominion Parliament and that we must operate the old machinery which has been left over at their request in accordance with their wishes.

IX

This Court is being asked, in effect, to enshrine as a legal imperative a principle of unanimity for constitutional amendment to overcome the anomaly -- more of an anomaly today than it was in 1867 -- that the *British North America Act* contained no provision for effecting amendments by Canadian action alone. Although Saskatchewan has, alone of the eight Provinces opposing the federal

package embodied in the Resolution, taken a less stringent position, eschewing unanimity but without quantifying the substantial support that it advocates, the Provinces, parties to the References and to the appeals here, are entitled to have this Court's primary consideration of their views.

The effect of those views, if they are correct in their legal position, is, of course, to leave at least the formal amending authority in the United Kingdom Parliament. Reference will be made later to the ingredients of the arguments on legality. The effect of the present Resolution is to terminate any need to resort to the United Kingdom Parliament in the future. In line with its rejection of unanimity, Saskatchewan asserted that it sees no violation of the principles of federalism in the Resolution so far as concerns the amending formula proposed thereby.

An important question was raised by the Saskatchewan position which invited this Court to take a severable view of the substance of the Resolution, namely, to hive off the *Charter of Rights and Freedoms* and perhaps other elements, save the amending formula and the patriation feature. This was not the position of the Attorney General of Canada nor of any of the other provincial Attorneys General; they were all of the view that it was the whole package that was involved in the legal issue posed by question 3 and question B. Indeed, the legal arguments pro and con do not engage the contents of the package, and it is impossible to qualify the issue of legality by considerations of fairness or equity or political acceptability or even judicial desirability.

The stark legal question is whether this Court can enact by what would be judicial legislation a formula of unanimity to initiate the amending process which would be binding not only in Canada but also on the Parliament of the United Kingdom with which amending authority would still remain. It would be anomalous indeed, overshadowing the

anomaly of a Constitution which contains no provision for its amendment, for this Court to say retroactively that in law we have had an amending formula all along, even if we have not hitherto known it; or, to say, that we have had in law one amending formula, say from 1867 to 1931, and a second amending formula that has emerged after 1931. No one can gainsay the desirability of federal-provincial accord of acceptable compromise. That does not, however, go to legality. As Sir William Jowitt said, and quoted earlier, we must operate the old machinery perhaps one more time.

X

The provincial contentions asserted a legal incapacity in the federal Houses to proceed with the Resolution which is the subject of the References and of the appeals here. Joined to this assertion was a claim that the United Kingdom Parliament had, in effect, relinquished its legal power to act on a Resolution such as the one before this Court, and that it could only act in relation to Canada if a request was made by "the proper authorities". The federal Houses would be such authorities if provincial powers or interests would not be affected; if they would be, then the proper authorities would include the Provinces. It is not that the Provinces must be joined in the federal address to Her Majesty the Queen; that was not argued. Rather their consent (or, as in the Saskatchewan submission, substantial provincial compliance or approval) was required as a condition of the validity of the process by address and Resolution and, equally, as a condition of valid action thereon by the United Kingdom Parliament.

There are a number of interwoven strands in this position which must be separated for proper analysis and assessment. They include some dependence on the *Balfour*

Declaration, arising out of the Imperial Conference of 1926, and also on the Imperial Conference of 1930, the last-mentioned Conference preceded by a meeting of experts in 1929 on the Operation of Dominion Legislation. Then there is a considerable emphasis on a particular view of the *Statute of Westminster* in respect of some of its terms, and especially ss. 4 and 7(1). Perhaps most important is a conjoint contention based on sovereignty (softened in reply by the Attorney General of Manitoba) and on what are said to be basic presuppositions and constitutional underpinnings of Canadian federalism.

XI

The Court was invited to regard the *Balfour Declaration* of 1926 as embracing the Provinces of Canada (and, presumably, the states of the sister Dominion of Australia) in its reference to "autonomous communities". That well-known statement of principle, a political statement in the context of evolving independence of the Dominions in their relations with the United Kingdom, is as follows:

They are autonomous Communities within the British Empire, equal in status, in no way subordinate one to another in any aspect of their domestic or external affairs, though united by a common allegiance to the Crown, and freely associated as members of the British Commonwealth of Nations.

It is impossible to seek nourishment for the provincial position in these appeals in this Declaration. The Provinces did not come into the picture in the march to the *Statute of Westminster, 1931* until after the 1929 Conference on the Operation of Dominion Legislation, although to a degree before the Imperial Conference of 1930. They then made their views known on certain aspects of the looming statute, views which were canvassed in a Dominion-Provincial Conference in 1931. The main concern touched the proposed repeal of

the *Colonial Laws Validity Act (U.K.)*, c. 63 and the effect that this might have on the amendment of the *British North America Act*, a matter to be considered later in these reasons.

Although the *Balfour Declaration* cannot, of itself, support the assertion of provincial autonomy in the wide sense contended for, it seems to have been regarded as retroactively having that effect by reason of the ultimate enactment of the *Statute of Westminster*. That statute is put forward not only as signifying an equality of status as between the Dominion and the Provinces *vis-à-vis* the United Kingdom Parliament, but also as attenuating the theretofore untrammelled legislative authority of that Parliament in relation to Canada where provincial interests are involved. The germ of these consequences was said by the Newfoundland Court of Appeal to be in the *Balfour Declaration*, arising out of the Imperial Conference of 1926 and embodied in the Report of that Conference.

The following summarizing passage on question 3 is contained in the reasons of the Newfoundland Court of Appeal:

In our opinion, the constitutional status of the Provinces of Canada as autonomous communities was confirmed and perfected by (a) the Statute of Westminster giving effect to the constitutional principle declared by the Imperial Conference that both the United Kingdom and the Dominions are autonomous communities equal in status, in no way subordinate one to another in any aspect of their domestic or external affairs; (b) the recognition by that Conference of the division of power among the constituent parts that make up the Dominion of Canada by which each is autonomous, in no way subordinate one to another; and, (c) the surrender by the Imperial Parliament to the Provinces of its legislative sovereignty, over matters declared by the *British North America Act* to be within the exclusive legislative competence of the Provinces. The modification of that constitutional status was thereby withdrawn from future British parliamentary competence except with the consent of the Provinces.

While the Parliament of Great Britain, in the absence of notice to the contrary, is constitutionally entitled to accept a Resolution passed by both Houses of the Canadian Parliament as a proper request for a constitutional amendment

from the whole Canadian community, it is nonetheless precluded, for the reasons stated above, from enacting an amendment restricting the powers, rights and privileges granted the Provinces by the British North America Act, and enlarged by the Statute of Westminster over the objections of the Provinces.

If the significance attached to the *Statute of Westminster* is, indeed, what is asserted in the above-quoted passage and what has been urged by the Provinces in this Court, there is no need to resort to the *Balfour Declaration*, save possibly as a footnote. The course of events leading to the *Statute of Westminster* is detailed in numerous writings. It is sufficient to refer, in general, to the discussion in *Wheare*, the *Statute of Westminster and Dominion Status* (1953, 5th ed.), *passim*; and see, especially, Chapter VII, *The Statute and the Legal Status of Canada*.

The submissions made on the *Statute of Westminster* by counsel who were before this Court engage (1) the preamble to the *Statute*; (2) s. 2(1)(2); (3) s. 3; (4) s. 4 and (5) s. 7(1)(2)(3). These provisions are in the following terms:

WHEREAS the delegates of His Majesty's Governments in the United Kingdom, the Dominion of Canada, the Commonwealth of Australia, the Dominion of New Zealand, the Union of South Africa, the Irish Free State and Newfoundland, at Imperial Conferences holden at Westminster in the years of our Lord nineteen hundred and twenty-six and nineteen hundred and thirty did concur in making the declarations and resolutions set forth in the Reports of the said Conferences:

And whereas it is meet and proper to set out by way of preamble to this Act that, inasmuch as the Crown is the symbol of the free association of the members of the British Commonwealth of Nations, and as they are united by a common allegiance to the Crown, it would be in accord with the established constitutional position of all the members of the Commonwealth in relation to one another that any alteration in the law touching the Succession to the Throne or the Royal Style and Titles shall hereafter require the assent as well of the Parliaments of all the Dominions as of the Parliament of the United Kingdom:

And whereas it is in accord with the established constitutional position that no law hereafter made by the Parliament of the United Kingdom shall extend to any of the said Dominions as part of the law of that Dominion otherwise than at the request and with the consent of that Dominion:

And whereas it is necessary for the ratifying, confirming and establishing of certain of the said declarations and resolutions of the said Conferences that a law be made and enacted in due form by authority of the Parliament of the United Kingdom:

And whereas the Dominion of Canada, the Commonwealth of Australia, the Dominion of New Zealand, the Union of South Africa, the Irish Free State and Newfoundland have severally requested and consented to the submission of a measure to the Parliament of the United Kingdom for making such provision with regard to the matters aforesaid as is hereafter in this Act contained:

Now, therefore, be it enacted by the King's most Excellent Majesty by and with the advice and consent of the Lords Spiritual and Temporal, and Commons, in this present Parliament assembled, and by the authority of the same, as follows: --

...

2.--(1) The Colonial Laws Validity Act, 1865, shall not apply to any law made after the commencement of this Act by the Parliament of a Dominion.

(2) No law and no provision of any law made after the commencement of this Act by the Parliament of a Dominion shall be void or inoperative on the ground that it is repugnant to the law of England, or to the provisions of any existing or future Act of Parliament of the United Kingdom, or to any order, rule or regulation made under any such Act, and the powers of the Parliament of a Dominion shall include the power to repeal or amend any such Act, order, rule or regulation in so far as the same is part of the law of the Dominion.

3. It is hereby declared and enacted that the Parliament of a Dominion has full power to make laws having extra-territorial operation.

4. No Act of Parliament of the United Kingdom passed after the commencement of this Act shall extend, or be deemed to extend, to a Dominion as part of the law of that Dominion, unless it is expressly declared in that Act that that Dominion has requested, and consented to, the enactment thereof.

...

7.--(1) Nothing in this Act shall be deemed to apply to the repeal, amendment or alteration of the British North America Acts, 1867 to 1930, or any order, rule or regulation made thereunder.

(2) The provisions of section two of this Act shall extend to laws made by any of the Provinces of Canada and to the powers of the legislatures of such Provinces.

(3) The powers conferred by this Act upon the Parliament of Canada or upon the legislatures

of the Provinces shall be restricted to the enactment of laws in relation to matters within the competence of the Parliament of Canada or of any of the legislatures of the Provinces respectively.

There is nothing in the preamble that relates to the Provinces other than the reference to the Report of the Imperial Conference of 1930. What emerged prior to this Conference was an understandable provincial concern that the effect of the proposed repeal of the *Colonial Laws Validity Act* in favour of the Parliament of a Dominion and, in addition, the effect of what became s. 2(2) of the *Statute* might enlarge federal power to alter, by its own legislation, provisions of the *British North America Act*. Thus it was that the Conference of 1930 placed on record (Cmd. 3717, pp. 17-18):

that the sections of the Statute relating to the Colonial Laws Validity Act should be so drafted as not to extend to Canada unless the Statute was enacted in response to such requests as are appropriate to an amendment of the British North America Act. It also seemed desirable to place on record the view that the sections should not subsequently be extended to Canada except by an Act of the Parliament of the United Kingdom enacted in response to such requests as are appropriate to an amendment of the British North America Act.

The *Colonial Laws Validity Act* was intended to be a liberating statute, releasing colonial legislatures from subservience to British common law (subject to Privy Council authority) and from subservience to British statute law unless such statute law applied expressly or by necessary implication to the colony. In the evolution of independence of the Dominions, it came to be recognized that the United Kingdom should no longer legislate at its own instance for any Dominion; and that the latter should be free to repeal any British legislation that was or would be made applicable to it. Hence, the statement in the preamble and hence ss. 2 and 4 in their application to a Dominion. Following the Imperial Conference of 1930 and as a result of the Dominion-Provincial Conference of 1931, the Provinces obtained an

assurance that they too would benefit by the repeal of the *Colonial Laws Validity Act* and by being empowered to repeal any British legislation made applicable to them. This was achieved by s. 7(2) of the *Statute of Westminster*. There did not appear to be any need to include them in s. 4.

The most important issue was, however, the position of the Dominion *vis-à-vis* the *British North America Act*. What s. 7(1), reinforced by s. 7(3), appeared to do was to maintain the *status quo ante*; that is, to leave any changes in the *British North America Act* (that is, such changes which, under its terms, could not be carried out by legislation of the Provinces or of the Dominion) to the prevailing situation, namely, with the legislative authority of the United Kingdom Parliament being left untouched.

As Sir William Jowitt put it, in the passage quoted earlier (in connection with the debate on the unemployment insurance amendment), "the old machinery" remained in place as a result of the *Statute of Westminster*. No other conclusion is supportable on any fair reading of the terms of the *Statute of Westminster*.

The Provinces, other than Ontario and New Brunswick, do not agree with this view of the *Statute of Westminster*. There were a number of positions taken by them. Much was made, especially in the submissions of counsel for the Attorney General of Manitoba, of the use of the plural in the phrase "such requests as are appropriate to an amendment of the *British North America Act*" in the passage above-quoted from the Report of the 1930 Imperial Conference. The point taken from this was said to be a re-emphasis of that portion of the 1929 Conference on the Operation of Dominion Legislation which, in referring to the *British North America Act*, said that the question of the proper method of amending it should remain "for future consideration by the appropriate Canadian authorities". It was contended, certainly with justification,

that the "proper Canadian authorities" were the Dominion and the Provinces and, presumably, it would be for them to decide whether it would be the respective Governments or Parliament and the Legislatures or both, and also what degree of agreement among the Provinces would be proper. It is, however, impossible to draw from this any legal rule of conduct because, ultimately, whatever political consensus might be achieved, there would still be the legal necessity of final United Kingdom legislative action.

The matter is not advanced by the follow-up Dominion-Provincial Conference of 1931. As the brief summary of the Conference stated, its purpose was,

... to give the Provinces an opportunity to express their views with regard to the Statute of Westminster and the proposed Section, numbered 7, which will be inserted to deal exclusively with the Canadian position. No objection was made to the principle of the proposed legislation, and a proposal that the provisions of the Statute relating to the repeal of the Colonial Laws Validity Act should extend to the Provinces was approved. The Canadian Section (7) was drafted and found satisfactory by all the Provinces, though Quebec asked for further time for consideration. Meanwhile, the approval of the Quebec Government has been received.

The Conference summary continued as follows:

Certain other constitutional questions arose during the Conference. Some Provinces desired that the question of powers and procedure in respect to constitutional amendment should be discussed together with the wider subject of constitutional relations between Dominions (*sic*) and Provinces. This was found to be impossible at that meeting, but it was agreed that a constitutional conference should be summoned as soon as possible. It was the general opinion that at such a conference a method of amending the Canadian constitution by Canadian agencies might be discovered which would reconcile the two essential features of reasonable elasticity of change and the preservation of provincial rights.

The underlined sentence in the above-quoted Conference summary shows quite clearly that as of 1930, there

was certainly no rule of law with respect to constitutional amendment. No change was effected in the legal position by the *Statute of Westminster*.

It was also urged upon this Court that s. 7(1), which in terms ("nothing in this Act shall be deemed to apply to ... the British North America Acts, 1867 to 1930") removes the *British North America Act* (at least as it then stood) from the application of any terms of the *Statute of Westminster*, was addressed to ss. 2 and 3 and not to s. 4. The argument goes that s. 7(1) does not exclude the application of s. 4; that s. 4 must be read in its preclusive effect on a Dominion as having the Provinces in view; that the "request and consent" which must be declared in a British statute to make it applicable to Canada, is the request and consent of the Dominion and the Provinces if the statute is one affecting provincial interests or powers, for example, an amendment of the *British North America Act* as envisaged by the Resolution herein. The word "Dominion" in s. 4, it is said, must be read in what may be called a conjoint or collective sense as including both the Dominion and the Provinces; otherwise, it is submitted, the purpose of the *Statute of Westminster* would be defeated. A difference, said to be significant, is pointed up in the reference to "Parliament of a Dominion" in s. 3 and the bare word "Dominion" in s. 4.

Nothing in the language of the *Statute of Westminster* supports the provincial position yet it is on this interpretation that it is contended that the Parliament of the United Kingdom has relinquished or yielded its previous omnipotent legal authority in relation to the *British North America Act*, one of its own statutes. As an argument on question 3 and question B (in its legal aspect), it asserts a legal diminution of

United Kingdom legislative supremacy. The short answer to this ramified submission is that it distorts both history and ordinary principles of statutory or constitutional interpretation. The plain fact is that s. 7(1) was enacted to obviate any inference of direct unilateral federal power to amend the *British North America Act* and that it is s. 7(3) that is addressed to s. 2 and not s. 7(1). It is for this reason that it was unnecessary to provide in respect of Canada what was provided by s. 9(3) in respect of Australia, namely, that in the application of the *Statute of Westminster* to the Commonwealth of Australia "the request and consent referred to in section 4 shall mean the request and consent of the Parliament and Government of the Commonwealth". There is, moreover, an interpretation section in the *Statute of Westminster*, being s. 1, and in it "Dominion" means any of the following Dominions, "that is to say the Dominion of Canada, the Commonwealth of Australia, the Dominion of New Zealand, the Union of South Africa, the Irish Free State and Newfoundland". The reference to "Parliament of a Dominion" in s. 3 and "Dominion" in s. 4 is easily explained by the context. The argument on the *Statute of Westminster* is untenable, but it leaves for more anxious consideration the effect of the removal of the *British North America Act* from the *Statute of Westminster* and the preservation by s. 7(3) of the existing distribution of legislative powers under the *British North America Act*.

XII

This leads to the submissions made on the sovereignty of the Provinces in respect of their powers under the *British North America Act*, the term "sovereignty" being modified in the course of argument to "supremacy". Allied to this was the contention that Canada cannot do indirectly what it cannot do directly; it could not by an enactment of

its own accomplish that which is proposed by the Resolution. Such an enactment would be clearly *ultra vires* as to most of the provisions put forward by the Resolution, and it should not be able to improve its position in law by invoking the aid of the United Kingdom Parliament. Moreover, even if the Parliament of the United Kingdom retained its formal legal authority over the *British North America Act*, as one of its enactments, it was in the words used by the late and at the time, former Justice Rand, "a bare legislative trustee", subject as a matter of law to the direction of the beneficiaries, namely, the Dominion and the Provinces, in respect of the Resolution.

It will be convenient to deal at this point with the "direct-indirect" contention and with the notion of legislative trusteeship, before returning to the main submission on provincial legislative supremacy. That submission involves a consideration of the character of Canadian federalism and it must, of course, be carefully assessed.

The direct-indirect contention, taken by itself, amounts to this: that whether or not the federal Houses can seek to obtain enactment of the draft statute appended to the Resolution, it would, in any event, be illegal to invoke United Kingdom authority to do for Canada what it cannot do itself. The maxim "you cannot do indirectly what you cannot do directly" is a much abused one. It was used to invalidate provincial legislation in *Madden v. Nelson and Fort Sheppard Ry.* [1889] A.C. 626. It is a pithy way of describing colourable legislation: see *Ladore v. Bennett*, [1939] A.C. 468, at p. 482. However, it does not preclude a limited legislature from achieving directly under one head of legislative power what it could not do directly under another head. The question, of course, remains whether the two federal Houses may alone initiate and carry through the process to invoke the competence of the United Kingdom Parliament.

At least with regard to the amending formula the process in question here concerns not the amendment of a complete constitution but rather the completion of an incomplete constitution.

We are involved here with a finishing operation, with fitting a piece into the constitutional edifice; it is idle to expect to find anything in the *British North America Act* that regulates the process that has been initiated in this case. Were it otherwise, there would be no need to resort to the Resolution procedure invoked here, a procedure which takes account of the intergovernmental and international link between Canada and Great Britain. There is no comparable link that engages the Provinces with Great Britain. Moreover, it is to confuse the issue of process, which is the basic question here, with the legal competence of the British Parliament when resort is had to the direct-indirect argument. The legal competence of that Parliament, for the reasons already given, remains unimpaired, and it is for it alone to determine if and how it will act.

The late Justice Rand used the words "a bare legislative trustee" in the Holmes Lecture delivered at Harvard Law School under the title "Some Aspects of Canadian Constitutionalism" and reproduced in (1960), 38 Can. Bar Rev. 135. His use of the phrase came in the course of his discussion of the effect of the *Statute of Westminster*. He said this (at p. 145):

Legislatively, a unique situation has been created. The British Parliament has in effect become a bare legislative trustee for the Dominion; the constitutional organ for altering the provisions of the Canadian constitution contained in the Act of 1867 remains so far the British Parliament; but the political direction resides in the Parliament of the Dominion; the former has conceded its residue of legislative power vis-à-vis Canada, to be no more than means for effecting the will of Canada. It might happen, although it is most unlikely, that the British Parliament should demur to a request for a legislative amendment, as, for example, involving important legislative

effects not concurred in by one or more of the provinces; but that amounts to no more than saying that the Canadian people would not yet have agreed on the mode of modifying their internal constitutional relations. Once that means has been agreed upon, legislative independence, not only in substance but in form, will have been attained.

The Newfoundland Court of Appeal adopted the phrase but decided that Justice Rand should not have limited the suggested trusteeship as being for the Dominion of Canada alone. Moreover, the Court overlooked a central point in the Rand lecture that "the political direction resides in the Parliament of the Dominion". Thus the Court said:

We adopt that statement fully with the important addition that the Parliament of Great Britain is a 'bare legislative trustee' for both the Federal Parliament and the Provincial Legislatures in relation to the matters within their respective legislative competence. Any amendment enacted by the Parliament of Great Britain affecting the legislative competence of either of the parties, without that party's consent, would not only be contrary to the intentment of the Statute of Westminster, but it could defeat the whole scheme of the Canadian Federal constitution.

It is enough to counter this assessment of the Newfoundland Court of Appeal by referring to what G  rin-Lajoie said in his seminal text Constitutional Amendment in Canada (1950), at p. 138:

While the Parliament of the United Kingdom is precluded from enacting any constitutional amendment without a proper request from Canada the only competent voice of Canada for this purpose is that of the federal power. The provincial authorities -- either executive or legislative -- have no *locus standi* to move the British Parliament or Government with a view to securing an amendment to the federal Constitution.

It is obvious that any change in the legislative power of either Parliament or the provincial Legislatures would directly affect the other. The thrust of the Newfoundland Court of Appeal's remarks just quoted goes more properly to the submissions and contentions on the nature of Canadian federalism than to any intepdment of the *Statute of Westminster*.

Whatever the statute may import as to intra-Canadian conventional procedures, there is nothing in it or in the proceedings leading up to it that casts any doubt in law as to the undiminished authority of the Parliament of the United Kingdom over the *British North America Act*.

XIII

At bottom, the challenge to the competency in law of the federal Houses to seek enactment by the Parliament of the United Kingdom of the statutes embodied in the Resolution is based on the recognized supremacy of provincial Legislatures in relation to the powers conferred upon them under the *British North America Act*, a supremacy *vis-à-vis* the federal Parliament. Reinforcement, or perhaps the foundation of this supremacy is said to lie in the nature or character of Canadian federalism.

The supremacy position, taken alone, needs no further justification than that found in the respective formulations of the powers of Parliament and the provincial Legislatures in ss. 91 and 92 of the *British North America Act*. Federal paramountcy is, however, the general rule in the actual exercise of these powers. This notwithstanding, the exclusiveness of the provincial powers (another way of expressing supremacy and more consonant with the terms of the *British North America Act*) cannot be gainsaid. The long list of judicial decisions, beginning with *Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117 and carrying through such cases as *Liquidators of the Maritime Bank v. Receiver General of New Brunswick*, [1892] A.C. 437 and the *Labour Conventions* case where the Privy Council expressed its "watertight compartment view" of legislative power (see [1937] A.C. 326, at p. 354) provide adequate support for the principle of exclusiveness or supremacy but, of course, within the limits of the *British North America Act*.

Although there are what have been called unitary features in the *British North America Act*, involving overriding powers (to be distinguished from paramountcy of legislation) in the federal Parliament and Government, their modification of exclusive provincial authority does not detract from that authority to any substantial degree. Thus, the federal declaratory power under s. 92(10)(c) has a limited operation; reservation and disallowance of provincial legislation, although in law still open, have, to all intents and purposes, fallen into disuse. The fact of appointment of the Lieutenant-Governors of the Provinces by the central Government does not, as a practical matter, have any significance for provincial powers when, under the law, the Lieutenant-Governor is as much the personal representative of the Crown as is the Governor-General. In each case, the representation is, of course, in respect of the powers respectively assigned to Parliament and the Legislatures. Moreover, since there is an international, a foreign relations aspect involved in the relationship of Canada and Great Britain, any formal communication between a Province and its Lieutenant-Governor with the United Kingdom Government or with the Queen, must be through the federal Government or through the Governor-General.

It is important in this connection to emphasize that the Government of Canada had, by 1923, obtained recognition internationally of its independent power to enter into external obligations when it negotiated the Halibut Treaty with the United States. Great Britain understood this by that time as did the United States. The subsequent Imperial Conferences added confirmation, sanctified by the *Statute of Westminster* which also put internal independence from Great Britain on a legal foundation. The remaining badge of subservience, the need to resort to the British Parliament

to amend the *British North America Act*, although preserved by the *Statute of Westminster*, did not carry any diminution of Canada's legal right in international law, and as a matter of Canadian constitutional law, to assert its independence in external relations, be they with Great Britain or other countries. The matter is emphasized by the judgment of this Court in *Reference re Offshore Mineral Rights*, [1967] S.C.R. 792, at p. 816. This is a relevant consideration in the appeals which are before this Court.

What is put forward by the Provinces which oppose the forwarding of the address without provincial consent is that external relations with Great Britain in this respect must take account of the nature and character of Canadian federalism. It is contended that a legal underpinning of their position is to be found in the Canadian federal system as reflected in historical antecedents, in the pronouncements of leading political figures and in the preamble to the *British North America Act*.

The arguments from history do not lead to any consistent view or any single view of the nature of the *British North America Act*; selective interpretations are open and have been made; see Report of the Royal Commission on Dominion-Provincial Relations (1940), Book 1, pp. 29 ff. History cannot alter the fact that in law there is a British statute to construe and apply in relation to a matter, fundamental as it is, that is not provided for by the statute. Practices which took account of evolving Canadian independence, did, of course, develop. They had both intra-Canadian and extra-Canadian aspects in relation to British legislative authority. The former have already been canvassed, both in the reasons on question 2 and question B and, to a degree, in these reasons. Theories, whether of a full compact theory (which, even factually, cannot be sustained,

having regard to federal power to create new Provinces out of federal territories, which was exercised in the creation of Alberta and Saskatchewan) or of a modified compact theory, as urged by some of the Provinces, operate in the political realm, in political science studies. They do not engage the law, save as they might have some peripheral relevance to actual provisions of the *British North America Act* and its interpretation and application. Thus it is, to take one example, that in the *Nova Scotia Interdelegation* case, *Attorney-General of Nova Scotia v. Attorney General of Canada*, [1951] S.C.R. 31, Rinfret C.J. said (at p. 34):

The constitution of Canada does not belong either to Parliament, or to the Legislatures; it belongs to the country and it is there that the citizens of the country will find the protection of the rights to which they are entitled. It is part of that protection that Parliament can legislate only on the subject matters referred to it by section 91 and that each Province can legislate exclusively on the subject matters referred to it by section 92.

This was said, however, in the context of an issue raised under the terms of the *British North America Act*, the issue being whether there could be interdelegation between the Parliament of Canada and the Provincial Legislatures of their respective legislative powers which, as to each level of authority, were conferred as exclusive powers. In the Court below, the Nova Scotia Supreme Court *en banc*, Chief Justice Chisholm remarked that the *British North America Act* is not a counter for the exchange of constitutional wares: see [1948] 4 D.L.R. 1, at p. 6.

The statement, above-quoted, of Chief Justice Rinfret carries no independent legal consequence; it simply underscores the imperative character of the distribution of legislative power. In short, as in the attempt to argue crystallization of convention into law, there is nothing in the reference to theories of federalism reflected in

some case law that goes beyond their use as an aid to a justiciable question raised apart from them.

So too, with pronouncements by political figures or persons in other branches of public life. There is little profit in parading them.

Support for a legal requirement of provincial consent to the Resolution that is before this Court, consent which is also alleged to condition United Kingdom response to the Resolution, is, finally, asserted to lie in the preamble of the *British North America Act* itself, and in the reflection, in the substantive terms of the *Act*, of what are said to be fundamental presuppositions in the preamble as to the nature of Canadian federalism. The preamble recites (and the whole of it is reproduced) the following:

WHEREAS the Provinces of Canada, Nova Scotia and New Brunswick have expressed their Desire to be federally united into One Dominion under the Crown of the United Kingdom of Great Britain and Ireland, with a Constitution similar in Principle to that of the United Kingdom:

And whereas such a Union would conduce to the Welfare of the Provinces and promote the Interests of the British Empire:

And whereas on the Establishment of the Union by Authority of Parliament it is expedient, not only that the Constitution of the Legislative Authority in the Dominion be provided for, but also that the Nature of the Executive Government therein be declared:

And whereas it is expedient that Provision be made for the eventual Admission into the Union of other Parts of the British North America Act:

What is stressed is the desire of the named provinces "to be federally united ... with a Constitution similar in principle to that of the United Kingdom". The preamble speaks also of union into "one Dominion" and of the establishment of the Union "by authority of Parliament", that is the United Kingdom Parliament. What, then, is to be drawn from the preamble as a matter of law? A preamble, needless to say, has no enacting force but, certainly, it

can be called in aid to illuminate provisions of the statute in which it appears. Federal union "with a constitution similar in principle to that of the United Kingdom" may well embrace responsible government and some common law aspects of the United Kingdom's unitary constitutionalism, such as the rule of law and Crown prerogatives and immunities. The "rule of law" is a highly textured expression, importing many things which are beyond the need of these reasons to explore but conveying, for example, a sense of orderliness, of subjection to known legal rules and of executive accountability to legal authority. Legislative changes may alter common law prescriptions, as has happened with respect to Crown prerogatives and immunities. There is also an internal contradiction in speaking of federalism in the light of the invariable principle of British parliamentary supremacy. Of course, the resolution of this contradiction lies in the scheme of distribution of legislative power, but this owes nothing to the preamble, resting rather on its own exposition in the substantive terms of the *British North America Act*.

There is not and cannot be any standardized federal system from which particular conclusions must necessarily be drawn. Reference was made earlier to what were called unitary features of Canadian federalism and they operate to distinguish Canadian federalism from that of Australia and that of the United States. Allocations of legislative power differ as do the institutional arrangements through which power is exercised. This Court is being asked by the Provinces which object to the so-called federal "package" to say that the internal distribution of legislative power must be projected externally, as a matter of law, although there is no legal warrant for this assertion and, indeed, what legal authority exists (as in s. 3 of the *Statute of Westminster*) denies this provincial position.

At bottom, it is this distribution, it is the allocation of legislative power as between the central Parliament and the provincial Legislatures that the Provinces rely on as precluding unilateral federal action to seek amendments to the *British North America Act* that affect, whether by limitation or extension, provincial legislative authority. The Attorney General of Canada was pushed to the extreme by being forced to answer affirmatively the theoretical question whether in law the federal Government could procure an amendment to the *British North America Act* that would turn Canada into a unitary state. That is not what the present Resolution envisages because the essential federal character of the country is preserved under the enactments proposed by the Resolution.

That, it is argued, is no reason for conceding unilateral federal authority to accomplish, through invocation of legislation by the United Kingdom Parliament, the purposes of the Resolution. There is here, however, an unprecedented situation in which the one constant since the enactment of the *British North America Act* in 1867 has been the legal authority of the United Kingdom Parliament to amend it. The law knows nothing of any requirement of provincial consent, either to a resolution of the federal Houses or as a condition of the exercise of United Kingdom legislative power.

In the result, the third question in the Manitoba and Newfoundland cases should, as a matter of law, be answered in the negative and question B should, in its legal aspect, be answered in the affirmative.

XIV

There remains for consideration question 4 in the Newfoundland Reference. The question, in effect, asks if the matters therein raised could happen under the amending

formula in the draft statute appended to the Resolution proposed for adoption by the two federal Houses. There were, as previously noted, some changes in the draft statute prior to its adoption by the federal Houses and a change as well in the numbering of some of the sections relevant to question 4. However, it is unnecessary to go into these number changes because the Attorney General of Canada agrees with the conclusions of the Newfoundland Court of Appeal as set out in the first three parts of its answer to the question, and the Attorney General of Newfoundland agrees with the Attorney General of Canada that the Newfoundland Court of Appeal was in error in the fourth part of its answer to the question. It was wrong to say that in a referendum under s. 42 (as it then was) of the proposed statute (now s. 46) the approval of the majority of the people in each Province was required. The proper view was that only the approval of the majority of the people voting in a referendum in those Provinces, the approval of whose Legislatures would be required under the general amending formula, would be necessary.

The Attorney General of Canada agreed with the Newfoundland Court of Appeal that an unqualified answer to question 4 might be misleading and he submitted what he considered to be better answers to question 4. Since there was substantial agreement before this Court by the Attorney General of Canada and the Attorney General of Newfoundland as to the proper answer to question 4, it is unnecessary to dwell on its details here. Moreover, it involves an assessment of the substantive terms of the draft statute proposed for enactment by the United Kingdom Parliament, and, in that respect, it is an example of the specifics which were sought in the answer to question 1 and which, it was agreed by counsel, need not be elaborated. It is hence unnecessary

to say more on question 4, in the recognition also that this Court is not concerned here with the wisdom of the proposed enactment.

XV

Nothing said in these reasons is to be construed as either favouring or disapproving the proposed amending formula or the *Charter of Rights and Freedoms* or any of the other provisions of which enactment is sought. The questions put to this Court do not ask for its approval or disapproval of the contents of the so-called "package".

What is central here is the untrammelled authority at law of the two federal Houses to proceed as they wish in the management of their own procedures and hence to adopt the Resolution which is intended for submission to Her Majesty for action thereon by the United Kingdom Parliament. The *British North America Act* does not, either in terms or by implication, control this authority or require that it be subordinated to provincial assent. Nor does the *Statute of Westminster* interpose any requirement of such assent. If anything, it leaves the position as it was before its enactment. Developments subsequent thereto do not affect the legal position.

In summary, the answers to questions 1 and 3 common to the Manitoba and Newfoundland References, should be as follows:

Question 1: Yes

Question 3: As a matter of law, no.

The answer to question 4 in the Newfoundland Reference should be as expressed in the reasons of the Newfoundland Court of Appeal, subject to the correction made in the reasons herein.

The answers to the questions in the Quebec
Reference should be as follows:

Question A (i): Yes.

(ii): Yes.

Question B (i): As a matter of law, yes.

(ii): As a matter of law, yes.

There will be, of course, no order as to costs.

COUR SUPRÊME DU CANADA

DANS L'AFFAIRE de la Loi relative à l'expédition
des décisions provinciales d'ordre constitutionnel
et autres, L.R.M. 1970, chap. C-180

DANS L'AFFAIRE d'un Renvoi y relatif par le
lieutenant-gouverneur en conseil à la Cour d'appel
du Manitoba, pour examen et audition, de questions
concernant la modification de la Constitution
du Canada, conformément au décret N° 1020/80

LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU MANITOBA
(Appelant)

- et -

LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU QUÉBEC
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DE L'ÎLE-DU-PRINCE-ÉDOUARD
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DE LA SASKATCHEWAN
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DE L'ALBERTA
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DE TERRE-NEUVE
FOUR NATIONS CONFEDERACY INC.
(Intervenants)

c.

LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA
(Intimé)

- et -

LE PROCUREUR GÉNÉRAL DE L'ONTARIO
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU NOUVEAU-BRUNSWICK
(Intervenants)

DANS L'AFFAIRE de l'article 6 de la Judicature
Act, R.S.N. 1970, chap. 187 et modifications,

ET DANS L'AFFAIRE d'un Renvoi par le lieutenant-
gouverneur en conseil concernant l'effet et la
validité des modifications de la Constitution
du Canada telles que demandées par le "Projet
de résolution portant adresse commune à
Sa Majesté la Reine relativement à la
Constitution du Canada"

LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA
(Appelant)

- et -

LE PROCUREUR GÉNÉRAL DE L'ONTARIO
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU NOUVEAU-BRUNSWICK
(Intervenants)

c.

LE PROCUREUR GÉNÉRAL DE TERRE-NEUVE
(Intimé)

- et -

LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU QUÉBEC
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU MANITOBA
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DE L'ÎLE-DU-PRINCE-ÉDOUARD
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DE LA SASKATCHEWAN
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DE L'ALBERTA
FOUR NATIONS CONFEDERACY INC.
(Intervenants)

ET DANS L'AFFAIRE d'un Renvoi à la Cour d'appel
du Québec relatif à un projet de résolution portant
adresse commune à Sa Majesté la Reine concernant
la Constitution du Canada

LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU QUÉBEC
(Appelant/Intimé)

- et -

LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA
(Intimé/Appelant)

- et -

LE PROCUREUR GÉNÉRAL DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU MANITOBA
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DE L'ÎLE-DU-PRINCE-ÉDOUARD
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DE LA SASKATCHEWAN
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DE L'ALBERTA
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DE TERRE-NEUVE
FOUR NATIONS CONFEDERACY INC.
(Intervenants appuyant le
Procureur général du Québec)

- et -

LE PROCUREUR GÉNÉRAL DE L'ONTARIO
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU NOUVEAU-BRUNSWICK
(Intervenants appuyant le
Procureur général du Canada)

CORAM: Le Juge en chef et les juges Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard et Lamer

LE JUGE EN CHEF et LES JUGES DICKSON, BEETZ, ESTEY, MCINTYRE, CHOUINARD et LAMER

I

Les trois pourvois, de plein droit devant cette Cour, portent dans l'ensemble sur des questions litigieuses communes. Ils découlent de trois renvois soumis respectivement à la Cour d'appel du Manitoba, à la Cour d'appel de Terre-Neuve et à la Cour d'appel du Québec par les gouvernements respectifs des trois provinces.

Voici les trois questions posées dans le renvoi du Manitoba:

1. L'adoption des modifications ou de certaines des modifications que l'on désire apporter à la Constitution du Canada par le "Projet de résolution portant adresse commune à Sa Majesté la Reine concernant la Constitution du Canada" aurait-elle un effet sur les relations fédérales-provinciales ou sur les pouvoirs, les droits ou les privilèges que la Constitution du Canada accorde ou garantit aux provinces, à leurs législatures ou à leurs gouvernements et, dans l'affirmative, à quel(s) égard(s)?
2. Y a-t-il une convention constitutionnelle aux termes de laquelle la Chambre des communes et le Sénat du Canada ne peuvent, sans le consentement préalable des provinces, demander à Sa Majesté la Reine de déposer devant le Parlement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord un projet de modification de la Constitution du Canada qui a un effet sur les relations fédérales-provinciales ou les pouvoirs, les droits ou les privilèges que la Constitution du Canada accorde ou garantit aux provinces, à leurs législatures ou à leurs gouvernements?
3. Le consentement des provinces est-il constitutionnellement nécessaire pour modifier la Constitution du Canada lorsque cette modification a un effet sur les relations fédérales-provinciales ou altère les pouvoirs, les droits ou les privilèges que la Constitution du Canada accorde ou garantit aux provinces, à leurs législatures ou à leurs gouvernements?

Le renvoi de Terre-Neuve pose trois questions identiques et y ajoute une quatrième en ces termes:

4. Si la partie V du projet de résolution dont il est fait mention à la question 1 est adoptée et mise en vigueur, est-ce que
 - a) les conditions de l'union, dont les conditions 2 et 17 qui se trouvent à l'annexe de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1949 (12-13 George VI, chap. 22 (R.-U.)) ou
 - b) l'article 3 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1871 (34-35 Victoria, chap. 28 (R.-U.))

pourraient être modifiées directement ou indirectement en vertu de la partie V, sans le consentement du gouvernement, de la législature ou d'une majorité de la population de la province de Terre-Neuve exprimant son vote dans un référendum tenu en vertu de la partie V?

Dans le renvoi du Québec, la formulation est différente et les deux questions posées se lisent ainsi:

A. La Loi sur le Canada et la Loi constitutionnelle de 1981 si elles entrent en vigueur et si elles sont valides à tous égards au Canada, auront-elles pour effet de porter atteinte:

(i) à l'autorité législative des législatures provinciales en vertu de la constitution canadienne?

(ii) au statut ou rôle des législatures ou gouvernements provinciaux au sein de la fédération canadienne?

B. La constitution canadienne habilite-t-elle, soit par statut, convention ou autrement, le Sénat et la Chambre des communes du Canada à faire modifier la constitution canadienne sans l'assentiment des provinces et malgré l'objection de plusieurs d'entre elles de façon à porter atteinte:

(i) à l'autorité législative des législatures provinciales en vertu de la constitution canadienne?

(ii) au statut ou rôle des législatures ou gouvernements provinciaux au sein de la fédération canadienne?

Voici les réponses des juges de la Cour d'appel du Manitoba, qui ont tous rédigé des motifs:

[TRADUCTION]

Le juge Freedman, juge en chef du Manitoba:

Question 1: Pas de réponse parce que la question est hypothétique et prématurée.

Question 2: Non

Question 3: Non

Le juge Hall:

Question 1: Pas de réponse parce que la question ne se prête pas à une détermination judiciaire et, en tout état de cause, la question est théorique et prématurée.

Question 2: Pas de réponse parce que la question ne se prête pas à une détermination judiciaire.

Question 3: Non, parce que rien n'exige juridiquement l'accord provincial à une modification de la Constitution comme l'affirme la question.

Le juge Matas:

Question 1: Pas de réponse parce que la question est théorique et prématurée.

Question 2: Non

Question 3: Non

Le juge O'Sullivan:

Question 1: Oui, comme l'énoncent les motifs.

Question 2: On n'a pas prouvé l'existence de la convention constitutionnelle invoquée en tant que simple précédent; toutefois, il existe un principe constitutionnel juridiquement obligatoire et selon lequel la Chambre des communes et le Sénat du Canada ne devraient pas, sans le consentement préalable des provinces, demander à Sa Majesté de déposer devant le Parlement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord un projet de modification de la Constitution du Canada qui a un effet sur les relations fédérales-provinciales ou les pouvoirs, les droits ou les privilèges que la Constitution du Canada accorde ou garantit aux provinces, à leurs législatures ou à leurs gouvernements.

Question 3: Oui, comme l'énoncent les motifs.

Le juge Huband:

Question 1: Oui

Question 2: Non

Question 3: Oui

Dans les motifs de la Cour d'appel de Terre-Neuve auxquels souscrivent les trois juges qui ont entendu le renvoi, les trois questions communes avec le renvoi du Manitoba reçoivent une réponse affirmative. La Cour répond à la quatrième question en ces termes:

[TRADUCTION]

(1) Vu l'art. 3 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1871, la condition 2 des conditions de l'union ne peut être changée sans le consentement de la législature de Terre-Neuve.

(2) Vu l'art. 43 de la "Loi constitutionnelle", dans son texte actuel, aucune des conditions de l'union ne peut être changée sans le consentement de l'assemblée législative de Terre-Neuve.

(3) Ces deux articles peuvent être changés par les formules de modification prévues à l'art. 41 et les conditions de l'union pourraient alors être changées sans le consentement de la législature de Terre-Neuve.

(4) Si la formule de modification de l'art. 42 est utilisée, les deux articles peuvent être changés par un référendum tenu conformément aux dispositions de cet article. En ce cas, les conditions de l'union pourraient être changées sans le consentement de la législature de Terre-Neuve, mais non sans le consentement de la majorité de la population de Terre-Neuve exprimant son vote dans un référendum.

Dans des motifs exposés par chacun des cinq juges qui ont entendu le renvoi, la Cour d'appel du Québec répond aux deux questions soumises en ces termes:

Question A: i) oui (à l'unanimité)
ii) oui (à l'unanimité)

Question B: i) oui (monsieur le juge Bisson, dissident,
répond non)
ii) oui (monsieur le juge Bisson, dissident,
répond non)

II

Les renvois en l'espèce découlent de l'opposition de six provinces, auxquelles deux autres se sont jointes, à un projet de résolution publié le 2 octobre 1980 pour être soumis à la Chambre des communes de même qu'au Sénat du Canada. Il contient une adresse à Sa Majesté la Reine du chef du Royaume-Uni relativement à ce que l'on peut appeler en termes généraux la Constitution du Canada. Voici le texte de l'adresse déposée devant la Chambre des communes le 6 octobre 1980:

A Sa Très Excellente Majesté la Reine,
Très Gracieuse Souveraine:

Nous, membres de la Chambre des communes du Canada réunis en Parlement, fidèles sujets de Votre Majesté, demandons respectueusement à Votre Très Gracieuse Majesté de bien vouloir faire déposer devant le Parlement du Royaume-Uni un projet de loi ainsi conçu:

Loi donnant suite à une demande du Sénat et de la Chambre des communes du Canada

Sa Très Excellente Majesté la Reine, considérant:

qu'à la demande et avec le consentement du Canada, le Parlement du Royaume-Uni est invité à adopter une loi visant à donner effet aux dispositions énoncées ci-après et que le Sénat et la Chambre des communes du Canada réunis en Parlement ont présenté une adresse demandant à Sa Très Gracieuse Majesté de bien vouloir faire déposer devant le Parlement du Royaume-Uni un projet de loi à cette fin,

sur l'avis et du consentement des Lords spirituels et temporels et des Communes réunis en Parlement, et par l'autorité de celui-ci, édicte:

1. La Loi constitutionnelle de 1981, énoncée à l'annexe B, est édictée pour le Canada et y a force de loi. Elle entre en vigueur conformément à ses dispositions.

2. Les lois adoptées par le Parlement du Royaume-Uni après l'entrée en vigueur de la Loi constitutionnelle de 1981 ne font pas partie du droit du Canada.

3. La partie de la version française de la présente loi qui figure à l'annexe A a force de loi au Canada au même titre que la version anglaise correspondante.

4. Titre abrégé de la présente loi:
Loi sur le Canada.

Il convient de noter que le texte de l'adresse comprend l'expression "de bien vouloir faire déposer devant le Parlement du Royaume-Uni" que reflète la question B soumise à la Cour d'appel du Québec. Comme le texte de l'adresse l'indique, le projet de résolution comprend une loi qui, à son tour, porte en annexe un autre projet de loi qui prévoit le rapatriement de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique (d'où le changement de nom), assorti d'une procédure de modification et d'une Charte des droits et libertés qui comprend une série de dispositions (à enchâsser pour prévenir l'empiètement du pouvoir législatif) qu'il n'est pas nécessaire d'énumérer. Seules deux provinces, l'Ontario et le Nouveau-Brunswick, ont donné leur approbation au projet de résolution par la voix de leur gouvernement respectif. A l'exclusion de la Saskatchewan, les autres fondent leur opposition sur l'affirmation qu'à la fois conventionnellement et juridiquement, le consentement de toutes les provinces est nécessaire pour que l'adresse avec les lois en annexe puisse être soumise à Sa Majesté. Bien que l'on ait été généralement d'accord que le rapatriement assorti d'une procédure de modification fût souhaitable, aucune entente ne s'est faite aux conférences qui ont précédé le dépôt du projet de résolution devant la Chambre des communes que ce soit sur les éléments de cette procédure ou sur la formule à inclure, ou sur l'inclusion d'une Charte des droits.

C'est avant l'adoption du projet de résolution que les renvois aux cours d'appel ont été formulés et qu'ont eu

lieu les auditions sur les questions. Ceci est sous-jacent au refus des juges de la Cour d'appel du Manitoba de répondre à la question 1; le projet de résolution aurait pu subir des changements au cours du débat, d'où l'affirmation de prématurité.

Le projet de résolution qu'a adopté la Chambre des communes le 23 avril 1981 et le Sénat le 24 avril 1981, a pris sa forme définitive presque à la veille des auditions des trois pourvois par cette Cour; le projet original n'a subi que des modifications minimales. Evidemment, les cours dans les trois renvois ont rendu et certifié leurs opinions avant l'adoption définitive du projet de résolution. Son adoption par le Sénat et la Chambre des communes a eu pour effet de modifier la position du procureur général du Canada et des deux intervenants qui l'appuient, sur l'opportunité de répondre à la question 1 des renvois du Manitoba et de Terre-Neuve. Il a abandonné sa prétention initiale qu'il ne fallait pas y répondre.

III

Les lois sur les renvois en vertu desquelles les questions ont été soumises aux trois cours d'appel sont rédigées en termes larges. L'article 2 de la loi manitobaine, la Loi relative à l'expédition des décisions provinciales d'ordre constitutionnel et autres, L.R.M. 1970, chap. C-180, prévoit que le lieutenant-gouverneur en conseil peut déférer à la Cour du Banc de la Reine ou à un de ses juges ou à la Cour d'appel ou à un de ses juges pour examen et audition [TRADUCTION] "toutes questions qu'il estime à-propos de déférer". La Newfoundland Judicature Act, R.S.Nfld. 1970, chap. 187, art. 6, et modifications, prévoit également que le lieutenant-

gouverneur en conseil peut déférer à la Cour d'appel

[TRADUCTION] "toutes questions qu'il estime à-propos de déférer". La Loi sur les renvois à la Cour d'appel, L.R.Q. 1977, chap. R-23, art. 1, autorise le gouvernement du Québec à soumettre à la Cour d'appel pour audition et examen "toutes questions qu'il juge à-propos". Le pouvoir défini dans chaque cas a une portée suffisamment large pour imposer aux différentes cours de trancher des questions qui peuvent ne pas être justiciables des tribunaux et il ne fait aucun doute que ces cours, et cette Cour dans un pourvoi, ont le pouvoir discrétionnaire de refuser de répondre à de telles questions.

Pour ce qui est des pourvois maintenant devant cette Cour, on aura remarqué que trois juges de la Cour d'appel du Manitoba ont refusé de répondre à la première question dont ils étaient saisis parce qu'elle était hypothétique et prématurée ou théorique et prématurée et l'un d'eux, le juge Hall, a refusé de répondre à la deuxième question parce qu'elle ne se prêtait pas à une détermination judiciaire. Comme on l'a déjà dit, l'adoption du projet de résolution par le Sénat et la Chambre des communes a changé la position du procureur général du Canada qui a admis devant cette Cour qu'il s'agissait d'une question à laquelle on pouvait répondre. Il ne fait aucun doute maintenant que, puisque la première question des renvois du Manitoba et de Terre-Neuve et la question A du renvoi du Québec visent l'interprétation d'un document, surtout un document qu'on dit être dans sa forme définitive, il s'agit d'un point justiciable des tribunaux.

Il ne fait également aucun doute que la troisième question de ces deux renvois et la question B du renvoi du

Québec soulèvent des points justiciables des tribunaux et il est clair qu'il faut y répondre puisqu'ils soulèvent des questions de droit. La formulation différente de la question B du renvoi du Québec, qui vise le pouvoir des chambres fédérales de faire modifier par statut, convention ou autrement, la Constitution (comme le propose la résolution) sans l'assentiment des provinces, combine les points soulevés séparément aux questions 2 et 3 des autres renvois.

IV

Il convient à ce stade de résumer les opinions exprimées par les cours d'appel sur les diverses questions dont elles étaient saisies.

En Cour d'appel du Manitoba, le Juge en chef et les juges Hall et Matas ont refusé de répondre à la question 1 parce qu'ils ont estimé la question hypothétique et prématurée. Les juges O'Sullivan et Huband en dissidence y ont répondu par l'affirmative.

Le Juge en chef et les juges Matas et Huband ont répondu à la question 2 par la négative. Le Juge en chef a analysé les modifications antérieures et, sur ce fondement, a conclu à l'inexistence d'une convention sur le consentement des provinces. Le juge Huband a souscrit aux motifs du Juge en chef. Le juge Matas y a aussi souscrit et a en outre souligné les multiples aspects flous et incertains de la prétendue convention. Le juge Hall a refusé de répondre à la question 2 puisqu'à son avis les conventions relèvent du domaine politique et ne se prêtent pas à une détermination judiciaire. Le juge O'Sullivan, en dissidence, a refusé de conclure à l'existence d'une convention à partir des précédents, mais a cependant

déclaré qu'il existait un [TRADUCTION] "principe constitutionnel" qui exige le consentement des provinces.

Le juge en chef et les juges Hall et Matas ont répondu à la question 3 par la négative. La "cristallisation" d'une convention de même que l'allégation de "souveraineté" des provinces a été rejetée. Le juge en chef a analysé la "théorie du pacte" en tant que source d'obligation juridique et l'a rejetée. Il a en outre ajouté que la "souveraineté" que les provinces invoquent, ne découle pas de la suprématie législative accordée par l'art. 92 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, mais plutôt de quelque chose d'apparenté à un droit inhérent découlant du fait de l'union. A ce titre, dit-il, elle a un lien direct avec la "théorie du pacte" et est indéfendable. Le juge Hall a rejeté sans équivoque la "théorie du pacte" ainsi que l'idée que la suprématie des provinces aux termes de l'art. 92 requiert juridiquement leur consentement aux modifications constitutionnelles. Le juge Matas a noté que le Statut de Westminster, 1931 n'a pas donné aux provinces de nouveaux pouvoirs de modification et il a également énoncé les différentes limites de la suprématie législative provinciale. Le juge O'Sullivan, dissident, a analysé la "théorie du pacte" et l'a acceptée; il a en outre conclu que la souveraineté des provinces aux termes de l'art. 92 rend illégale toute atteinte à cette souveraineté sans leur consentement. Le juge Huband a donné son accord sans exprimer d'opinion sur la "théorie du pacte". A son avis, la Couronne doit s'appuyer sur l'avis de ses ministres provinciaux pour ces questions. En outre, il a dit que le Parlement du Royaume-Uni est un "simple fiduciaire législatif" à la fois pour les provinces et pour le Parlement fédéral.

La Cour d'appel de Terre-Neuve a commencé par la

question 3. Elle a mis l'accent sur le Statut de Westminster et sur les discussions qui en ont amené l'adoption; elle a conclu que le Royaume-Uni a renoncé à toute souveraineté législative sur le Canada et qu'il agit à titre de "simple fiduciaire législatif" des législatures provinciales et du Parlement fédéral. Selon elle, les provinces sont des [TRADUCTION] "collectivités autonomes" et le Parlement du Royaume-Uni ne peut adopter de modifications nonobstant leurs objections.

Quant à la question 2, la Cour a analysé les précédents et les différentes prises de position des personnalités politiques. Elle a particulièrement souligné le Livre blanc du gouvernement fédéral publié en 1965 sur les "Modifications de la Constitution canadienne" et les quelques occasions où le consentement des provinces a été obtenu. La Cour a conclu que la tendance constitutionnelle a été de s'orienter vers la reconnaissance du droit des provinces d'être consultées et a répondu à la question 2 par l'affirmative.

Abordant la question 1 de façon générale, la Cour a conclu qu'elle doit nettement recevoir une réponse affirmative.

La question 4, propre au renvoi de Terre-Neuve, porte sur l'effet précis du projet de formule de modification sur les Conditions de l'Union qui ont régi l'entrée de Terre-Neuve dans la Confédération. La Cour y a donné une réponse complexe déjà citée.

La Cour d'appel du Québec avait de façon générale à répondre aux mêmes questions que celles soumises aux autres cours quoique leur formulation fût différente. Les cinq membres de la Cour ont rédigé des motifs.

La Cour à l'unanimité a répondu à la question A par l'affirmative. Quatre membres de la Cour ont répondu à la question B par l'affirmative, le juge Bisson étant dissident. Quant à la question B, le juge en chef du Québec a rejeté l'existence d'une convention relative au consentement provincial et a noté par contre que toute convention existante favorisait l'action unilatérale du Parlement fédéral par voie de résolution conjointe. Le seul effet du Statut de Westminster a été de laisser l'autorité légale de modifier la Constitution au Parlement du Royaume-Uni.

Selon le juge Owen, bien que la résolution ne soit pas précisément autorisée par statut, le pouvoir inhérent du Parlement justifie son action. Il a rejeté les arguments fondés sur la "souveraineté", la convention et la "théorie du pacte" en renvoyant aux motifs du juge Turgeon. Il a souligné que l'argument provincial était affaibli du fait que le Canada n'est pas [TRADUCTION] "la confédération théorique idéale dont parlent les auteurs".

Le juge Turgeon a affirmé qu'avant 1931, le pouvoir de modifier la Constitution relevait du Parlement du Royaume-Uni et que le Statut de Westminster n'y a rien changé. Il a énuméré les diverses entraves à la suprématie législative provinciale et a souligné que seul le Parlement fédéral a le pouvoir d'adopter des lois d'une portée extra-territoriale. Après une longue analyse des modifications antérieures, il a nié l'existence d'une convention relative au consentement des provinces. Il a aussi conclu que la "théorie du pacte" n'a aucun appui historique ni juridique.

Le juge Bélanger a exprimé des doutes sur le point de savoir si une résolution, en tant qu'élément de la procédure parlementaire interne, pouvait être soumise à l'examen d'un tribunal. Il a néanmoins répondu à la question B par l'affirmative, en souscrivant aux motifs du Juge en chef et du juge Turgeon et en se demandant de façon rhétorique s'il est de l'"essence de cette union fédérale" qu'elle demeure stagnante et incapable d'évolution même devant l'opposition d'une seule province.

Le juge Bisson dissident sur la question B a qualifié la résolution d'acte "quasi législatif". En confirmant la "souveraineté" provinciale, il a mis en relief les conférences et les résolutions qui ont précédé la Confédération et qui ont reçu une "sanction législative" dans l'Acte de l'Amérique du Nord britannique. Le Canada, a-t-il conclu, est une "quasi-fédération". Bien que la souveraineté provinciale ait été limitée d'une certaine façon, le Parlement fédéral ne peut néanmoins agir seul. C'est, a-t-il dit, ce qui ressort de la pratique.

V

Les motifs qui suivent traitent des questions 1 et 3 des renvois du Manitoba et de Terre-Neuve et de la question 4 du renvoi de Terre-Neuve, ainsi que de la question A du renvoi du Québec et de l'aspect juridique de la question B de ce renvoi. Des motifs distincts traitent de la question 2 des renvois du Manitoba et de Terre-Neuve et de l'aspect conventionnel de la question B du renvoi du Québec qui est comparable.

VI

A la lumière de la résolution telle qu'adoptée, le procureur général du Canada convient qu'il faut répondre à la question 1 des renvois du Manitoba et de Terre-Neuve et à la question A du renvoi du Québec par l'affirmative comme le font valoir les procureurs généraux du Manitoba, de Terre-Neuve et du Québec. Indubitablement, les termes du projet de loi inclus dans la résolution auraient un effet sur les pouvoirs législatifs des législatures provinciales qui seraient, de fait, limités par la Charte des droits et libertés. Les limitations qu'impose le projet de Charte des droits et libertés sur le pouvoir législatif s'appliquent tant à l'ordre fédéral qu'à l'ordre provincial. Ceci ne change toutefois pas le fait qu'on envisage la suppression d'un pouvoir législatif provincial. En outre, l'accroissement du pouvoir législatif provincial en vertu de certaines dispositions du projet de loi, comme par exemple le contrôle des ressources, y compris l'exportation interprovinciale (quoique soumise au pouvoir prépondérant du fédéral) et le pouvoir de taxation, ne change pas le fait que ces dispositions du projet de loi ainsi que d'autres dispositions soumises à l'adoption par le Parlement du Royaume-Uni auront un effet sur les relations fédérales-provinciales existantes.

Répondre simplement par "oui" à la question 1 et à la question A suffit dans les deux cas, même si la question 1 soulève aussi le point de savoir "à quel(s) égard(s)" cela aurait un effet sur les relations fédérales-provinciales et les pouvoirs, les droits ou les privilèges provinciaux. Les procureurs ont convenu que si cet aspect de la question 1 devait être exploré, cela amènerait la Cour et eux-mêmes à entrer beaucoup trop dans les détails; pour l'instant, une réponse

affirmative au point principal de la question satisfait toutes les parties en cause.

VII

Abordons maintenant la question 3 des renvois du Manitoba et de Terre-Neuve et la partie B (l'aspect juridique) du renvoi du Québec. L'utilisation des mots "constitutionnellement nécessaire" à la question 3 soulève à la la fois des points juridiques et conventionnels et comme des motifs distincts portent sur ces derniers, la suite de ces motifs ne traite que de l'aspect juridique de la question 3 des renvois du Manitoba et de Terre-Neuve et de la partie B (l'aspect juridique) du renvoi du Québec, ce qui est conforme aux prétentions de tous les procureurs sur ce point.

Il y a deux aspects généraux de l'affaire qui se divisent en plusieurs points distincts: (1) l'autorité des deux Chambres fédérales de procéder par résolution lorsque cela a un effet sur les pouvoirs provinciaux et les relations fédérales-provinciales et (2) le rôle ou l'autorité du Parlement du Royaume-Uni de donner effet à la résolution. Le premier point porte sur la nécessité de détenir un pouvoir légal de déclencher le processus au Canada; le second porte sur l'existence ou le défaut d'un pouvoir légal aux mains du Parlement du Royaume-Uni pour donner effet à la résolution qui n'a pas reçu l'assentiment des provinces.

La prétention des huit provinces qui invitent cette Cour à examiner la position du Parlement britannique est fondée sur l'application du Statut de Westminster, 1931 au Canada. Elles prétendent que le Statut limite l'autorité du Parlement

britannique de donner effet à la résolution fédérale sans l'assentiment préalable des provinces si cette dernière a un effet sur leurs pouvoirs et intérêts, comme c'est le cas en l'espèce. Ce point sera examiné ultérieurement dans ces motifs.

A ce stade, il convient de faire deux observations. Tout d'abord, il y a l'anomalie due au fait que sur le plan international le Canada a le statut d'état indépendant et autonome, par exemple en tant que membre fondateur des Nations-Unies et par son appartenance à d'autres groupements internationaux d'états souverains, tout en souffrant d'une faille interne due à l'absence du pouvoir de modifier ou de changer les arrangements essentiels de répartition des pouvoirs aux termes desquels l'autorité légale est exercée dans ce pays, tant au niveau fédéral que provincial. Quand un pays existe sous forme d'état fédéral depuis plus d'un siècle, la tâche d'adopter un mécanisme juridique apte à supprimer l'anomalie dont nous venons de parler soulève une difficulté profonde. En second lieu, l'autorité du Parlement britannique ou ses pratiques et conventions ne sont pas des affaires sur lesquelles cette Cour se permettrait de statuer.

Le procureur général du Manitoba fait valoir qu'une convention peut se cristalliser en règle de droit et que l'obligation d'obtenir l'assentiment des provinces au genre de résolution telle la présente, bien que d'origine politique, est devenue une règle de droit. (Personne n'a pris de position ferme sur le point de savoir si l'assentiment doit être celui des gouvernements ou celui des législatures.)

A notre avis, il n'en est pas ainsi. On n'a pas cité de cas de reconnaissance explicite d'une convention

qui soit devenue une règle de droit. Il est impossible d'imposer en droit une convention vu sa nature même: l'origine en est politique et elle est intimement liée à une reconnaissance politique continue de ceux pour le bénéfice et au détriment (le cas échéant) desquels elle s'est développée sur une période de temps considérable.

On fait erreur en tentant d'assimiler l'évolution d'une convention et celle de la common law. Cette dernière est le produit des travaux du judiciaire fondés sur des questions justiciables des tribunaux et dont la formulation est juridique; les tribunaux qui en sont les auteurs peuvent les modifier et même les renverser dans l'exercice de leur rôle dans l'État conformément aux lois ou aux directives constitutionnelles. Les tribunaux ne jouent pas de rôle parental semblable à l'égard des conventions.

On nous a fait valoir avec insistance qu'une myriade d'affaires ont donné une force juridique à des conventions. Cette proposition va trop loin. Dans Madzimbamuto v. Lardner-Burke, [1969] 1 A.C. 645, on cherchait à obtenir la reconnaissance directe d'une convention et son exécution. Le Conseil privé a rejeté l'affirmation qu'une convention dont le Royaume-Uni avait formellement reconnu l'existence, savoir, qu'il ne légiférerait pas pour la Rhodésie du Sud sur des questions de la compétence de la législature de ce pays sans le consentement de son gouvernement, ne pouvait pas être annulée par des lois britanniques rendues applicables à la Rhodésie du Sud après la déclaration unilatérale d'indépendance du gouvernement de ce pays. Au nom du Conseil privé, lord Reid a souligné que même si la convention était très importante [TRADUCTION] "elle n'avait pas pour effet juridique de limiter le pouvoir du Parlement" (à la p. 723). Et, plus loin (à la même page):

[TRADUCTION] On dit souvent que le Parlement du Royaume-Uni agirait de façon inconstitutionnelle s'il faisait certaines choses, en voulant dire que les raisons morales, politiques et autres de s'abstenir sont si fortes que la plupart des gens considéreraient tout à fait abusif que le Parlement les fasse. Mais cela ne signifie pas que le Parlement n'a pas le pouvoir de les faire. Si le Parlement décide de les faire, les tribunaux ne pourront conclure que la Loi du Parlement est invalide. Il est possible qu'avant 1965, on ait pu penser qu'il serait inconstitutionnel de ne pas tenir compte de cette convention. Mais il se peut aussi que la déclaration unilatérale d'indépendance ait délié le Royaume-Uni de l'obligation de respecter la convention. En disant le droit, leurs Seigneuries ne s'occupent pas de ces questions. Elles s'en tiennent seulement aux pouvoirs du Parlement.

Le procureur du Manitoba a cherché à distinguer cette affaire au motif que le Statut de Westminster ne s'applique pas à la Rhodésie du Sud, point que le Conseil privé avait mentionné. Le Statut de Westminster sera examiné ultérieurement dans ces motifs, mais s'il s'était appliqué à la Rhodésie du Sud, ce serait seulement de par sa teneur et non à cause d'une règle conventionnelle que le Parlement du Royaume-Uni aurait cessé de légiférer pour la Rhodésie du Sud.

Le procureur du Manitoba invoque un bon nombre de décisions pour appuyer sa prétention que des conventions se sont cristallisées en règle de droit. Le principal appui à la théorie de la "cristallisation en règle de droit" est l'opinion du juge en chef Duff dans le Renvoi relatif à la Weekly Rest in Industrial Undertakings Act, [1936] R.C.S. 461, mieux connu sous le nom de l'affaire des Conventions de travail utilisé lors de l'appel au Conseil privé [1937] A.C. 326; ce dernier y a adopté un point de vue différent sur les valeurs constitutionnelles de celui également divisé de la Cour

suprême du Canada. Dans la mesure où le point en litige a un lien avec la question discutée ici, il s'agissait du prétendu défaut de pouvoir du gouverneur général en conseil, l'exécutif fédéral, de conclure un traité ou d'accepter une obligation internationale envers un état étranger, notamment lorsque la substance du traité ou de l'obligation se rapporte à des questions qui, au Canada, relèvent législativement de la compétence exclusive des provinces.

La portion suivante des motifs de sir Lyman Duff contient le passage invoqué replacé dans le contexte (aux pp. 476-478):

[TRADUCTION] Pour ce qui est du Rapport de la Conférence de 1926, qui, en termes explicites, reconnaît les traités sous forme de conventions entre gouvernements (auxquels Sa Majesté n'est pas partie en pratique), on fait valoir que puisqu'une conférence impériale ne possède pas de pouvoir législatif, ses déclarations n'ont pas pour effet de changer le droit et on affirme énergiquement que, du point de vue du droit strict, ni le gouverneur général ni aucune autre autorité canadienne n'a reçu de la Couronne le pouvoir d'exercer la prérogative.

L'argument est fondé sur la distinction qu'il fait entre une convention constitutionnelle et une règle de droit; il est donc nécessaire d'examiner la prétention que, du point de vue de la règle de droit que l'on distingue d'une convention constitutionnelle, le gouverneur général en conseil n'a pas le pouvoir de devenir partie en ratifiant la convention que nous examinons.

On peut considérer cette prétention de différentes façons. Tout d'abord, le droit constitutionnel est très largement formé d'usages constitutionnels établis auxquels les tribunaux reconnaissent la valeur d'une règle de droit. Une conférence impériale, il est vrai, ne possède aucune autorité législative. Mais il ne peut quasiment pas y avoir de preuve plus autorisée de l'usage constitutionnel que les déclarations de pareille conférence. La Conférence de 1926 a catégoriquement reconnu les traités sous forme de conventions entre gouvernements auxquels Sa Majesté ne comparait pas formellement et à l'égard desquels il n'y a pas eu d'intervention royale. Le Dominion a pour pratique de conclure des conventions de cette nature avec des pays étrangers, et des conventions d'un type encore moins formel, simplement par un échange de notes.

Les conventions conclues sous les auspices de l'Organisation du travail de la Ligue des Nations sont invariablement ratifiées par le gouvernement du Dominion en cause. En règle générale, la cristallisation de l'usage constitutionnel en une règle de droit constitutionnel à laquelle les tribunaux donneront effet, est un processus lent qui s'étend sur une longue période; mais la Grande guerre a accéléré le rythme dans ce domaine et apparemment les usages dont j'ai parlé, la pratique, en d'autres termes, en vertu de laquelle la Grande-Bretagne et les Dominions concluent des conventions avec des pays étrangers sous forme de conventions entre gouvernements et celles d'un type encore moins formel, doit être reconnue par les tribunaux comme ayant force de loi.

D'ailleurs, le Comité judiciaire du Conseil privé a reconnu que les conventions entre le gouvernement du Canada et d'autres gouvernements sous forme d'une convention entre gouvernements, à laquelle Sa Majesté n'est pas partie, créent en droit international une obligation internationale liant le Canada (Renvoi sur la Radio, [1932] A.C. 304.) ...

La ratification est l'acte précis qui donne force obligatoire à la convention. Pour ce qui est du Canada, c'est l'acte du gouvernement du Canada seul, et la décision mentionnée semble donc nier catégoriquement la prétention que du point de vue du droit strict, le gouvernement du Canada n'a pas compétence pour conclure une entente internationale.

Le savant juge en chef traitait alors d'une évolution qui est caractéristique du droit international coutumier, l'acquisition par l'exécutif fédéral canadien du plein pouvoir indépendant de conclure des conventions internationales. (D'ailleurs, en parlant de "convention" dans le dernier alinéa cité, il faisait référence à une convention internationale tout comme en utilisant le mot à l'avant-dernière ligne du deuxième alinéa et à nouveau au milieu du troisième alinéa de la citation.) Le droit international a dû nécessairement se développer, s'il devait exister, grâce aux pratiques politiques ordinairement reconnues des états, puisqu'il n'y avait aucune constitution applicable, aucun pouvoir législatif, aucun pouvoir exécutif pour leur application et aucun organe

judiciaire généralement accepté par l'intermédiaire desquels le droit international pouvait se développer. La situation est entièrement différente en droit interne, dans le cas d'un état qui a ses propres organes législatif, exécutif et judiciaire et dans la plupart des cas une constitution écrite en clef de voûte.

Le juge en chef Duff a exprimé son opinion sur les conventions qui se muteraient en règle de droit dans le contexte interne dans le Renvoi sur le pouvoir de réserve et de désaveu des lois provinciales, [1938] R.C.S. 71. On y avait fait valoir qu'en raison d'une prétendue convention, une partie de l'art. 90 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique (qui incorpore à l'égard des provinces les art. 56 et 57 avec certaines modifications) était périmée et suspendue. A cet égard, le juge en chef dit (à la p. 78):

[TRADUCTION] L'usage constitutionnel n'est pas de notre ressort. Sont de notre ressort les questions de droit qui, nous le répétons, doivent être tranchées par rapport aux dispositions des Actes de l'Amérique du Nord britannique de 1867 à 1930, du Statut de Westminster et, peut-être, des lois pertinentes du Parlement du Canada s'il y en a.

L'article 90 qui, avec les changements y mentionnés, adopte à nouveau les art. 55, 56 et 57 de l'A.A.N.B., subsiste toujours. Il n'a pas été abrogé ni modifié par le Parlement impérial et il est tout à fait clair qu'en vertu de l'art. 7(1) du Statut de Westminster, le Parlement du Dominion n'a pas acquis de par cette loi le pouvoir d'abroger, de modifier ou de changer les Actes de l'Amérique du Nord britannique. Il n'est pas nécessaire d'examiner si par l'effet du par. 91(29) et du par. 92(1) de l'A.A.N.B., le Parlement du Dominion a ou non le pouvoir de légiférer à l'égard du pouvoir de réserve, puisqu'aucune loi de ce genre n'a été adoptée.

Les pouvoirs subsistent donc. Sont-ils sujets à des limites ou restrictions?

Je réitère que ni l'usage constitutionnel ni la pratique constitutionnelle ne sont de notre ressort.

...

Rien dans les autres motifs exposés dans l'affaire des Conventions de travail, tant en Cour suprême qu'au Conseil privé, ne permet de changer son contexte qui en est un de droit international ni n'accorde créance à la théorie de la cristallisation que fait valoir l'avocat du procureur général du Manitoba avec, il faut le dire, l'appui d'autres provinces et des remarques faites dans les motifs de la Cour d'appel de Terre-Neuve. Les autres décisions citées à l'appui de cette théorie s'avèrent à l'examen être des cas où les tribunaux ont statué à partir de principes législatifs ou d'autres principes juridiques établis. Cela s'applique autant à la remarque du vicomte Sankey sur la position du Conseil privé dans British Coal Corp. v. The King, [1935] A.C. 500 à la p. 510, qu'au refus d'accorder une injonction à l'égard de la divulgation du journal intime de Crossman dans Attorney-General v. Jonathon Cape Ltd., [1976] 1 Q.B. 752. La Cour a souligné dans cette dernière affaire qu'elle avait le pouvoir d'empêcher la violation de secrets lorsque l'intérêt public l'exigeait, même si les secrets découlaient d'une convention relative aux délibérations du Cabinet. Toutefois, la nécessité d'une protection avait disparu avec le passage du temps. La Cour appliquait ses propres principes juridiques comme elle l'aurait fait à toute question de secret, quelle qu'en soit l'origine.

Un examen approfondi d'autres affaires où il était question de cette prétendue cristallisation n'apporte aucun appui à la prétention. Il est inutile de parler de l'immunité ou de la prérogative de la Couronne qui s'appuyaient fermement sur des principes de common law et que les lois ont transformées depuis longtemps. Parmi les décisions citées, on note Commercial Cable Co. v. Government of Newfoundland, [1916] 2 A.C. 610, Alexander E. Hull & Co. v. McKenna, [1926] 1 R. 402

et Copyright Owners v. E.M.I. (Australia) Pty. Ltd. (1958), 100 C.L.R. 597, Blackburn v. Attorney-General, [1971] 2 All E.R. 1380 et l'arrêt de cette Cour dans le Renvoi sur le Sénat, Renvoi: Compétence du Parlement relativement à la Chambre Haute, [1980] 1 R.C.S. 54.

Dans l'affaire Commercial Cable Co., on a jugé que le gouvernement de Terre-Neuve n'était pas lié par un contrat qui n'avait pas été approuvé par une résolution de l'Assemblée conformément à une règle de cette dernière édictée en vertu de la loi. Hull v. McKenna était le premier cas de demande d'autorisation d'appeler au Conseil privé d'une cour d'appel, la plus haute cour de l'État libre d'Irlande qui avait le statut de Dominion en vertu d'un traité avec le Royaume-Uni. La question en litige était l'application de la pratique du Conseil privé face aux demandes d'autorisation d'appel devant lui. Le point de droit dont dépendait l'affaire était la façon dont le Conseil privé exerçait son pouvoir discrétionnaire en de tels cas.

L'affaire Copyright Owners, dont les faits sont assez complexes, concernait l'effet en Australie d'une loi britannique de 1928 et d'une loi ultérieure de 1956. Cette dernière abrogeait la British Copyright Act de 1911 qui, selon ses propres termes, était applicable en Australie en tant que législation du Commonwealth. La loi britannique de 1911 déclarait expressément qu'elle ne s'appliquerait pas à un Dominion autonome sauf si la législature de ce Dominion la déclarait en vigueur avec des modifications limitées au besoin. La Loi de 1956, une loi postérieure au Statut de Westminster, ne s'appliquait pas à l'Australie puisqu'aucune déclaration n'indiquait que le Commonwealth en avait demandé l'application et y avait consenti. Ainsi, la loi britannique de 1911 était toujours en

vigueur en Australie; de fait, elle était ainsi protégée par la loi britannique de 1956, même si, comme le juge en chef Dixon l'a noté, il était peut-être inutile de le dire vu l'art. 4 du Statut de Westminster.

Le véritable problème concernait la loi britannique de 1928 qui confirmait une ordonnance du Board of Trade, dont l'effet était d'augmenter la redevance payable pour la reproduction d'oeuvres musicales par rapport à celles fixées par la Loi de 1911. La Loi de 1911 prévoyait la possibilité de modifier les taux suite à une enquête du Board of Trade qui devait adopter une ordonnance soumise à la confirmation du législateur. Trois ans avant le Statut de Westminster, soit en 1928, la règle d'interprétation appliquée par la Haute Cour voulait qu'à moins de dispositions expresses au contraire, le législateur britannique n'ait pas eu l'intention que sa législation s'applique à l'Australie. Certes, cela tenait compte de la pratique politique, mais c'était l'application par la Cour des règles d'interprétation qui régissaient la question et la pratique politique n'aurait servi à rien si la loi britannique de 1928 avait été expressément applicable à l'Australie. Le passage suivant des motifs du juge McTiernan est instructif (à la p. 613):

[TRADUCTION] ... La règle d'interprétation qui trouve sa source dans les relations politiques et constitutionnelles entre le Royaume-Uni et le Commonwealth d'Australie avant le Statut de Westminster crée une présomption que la Loi de 1928 ne devait pas s'appliquer automatiquement à ce pays. Il va sans dire que c'est une règle d'interprétation que cette cour doit appliquer. Le fait que le Parlement du Commonwealth n'a fait aucune modification particulière relativement au par. 19(3) en adoptant la Copyright Act 1911 (Imp.), ne fournit pas à mon avis de motif pour que l'on s'éloigne de cette règle d'interprétation en décidant que la Loi de 1928 a force obligatoire dans le Commonwealth. Je crois qu'il serait bizarre de dire que, bien que cette loi ne s'applique pas à l'Australie en tant que loi impériale, elle peut au plus avoir pour effet de remplir les conditions de modifications des taux de calcul des redevances prescrites par le par. 19(3). ...

On a fait valoir devant la Cour un obiter de lord Denning dans l'arrêt Blackburn pour appuyer la théorie de la cristallisation. Cette affaire-là est née d'une tentative de bloquer les négociations sur l'entrée du Royaume-Uni dans le Marché commun européen aux motifs que cela impliquerait la renonciation du Parlement britannique à au moins certains éléments de sa souveraineté traditionnelle. Les trois juges dans cette affaire ont convenu qu'il appartenait indubitablement au pouvoir exécutif du Royaume-Uni de conclure des traités et que cela échappait au contrôle judiciaire. Voici l'obiter de lord Denning (à la p. 1382):

[TRADUCTION] Notre formation nous porte tous à croire qu'en droit, un parlement ne peut en lier un autre et qu'aucune loi n'est irrévocable. Mais la théorie juridique ne va pas toujours de pair avec la réalité politique. Prenons le Statut de Westminster 1931, qui enlève au Parlement le pouvoir de légiférer pour les dominions. Peut-on imaginer que le Parlement pourrait ou voudrait révoquer cette loi? Prenons les lois qui ont accordé l'indépendance aux dominions et aux territoires d'outre-mer. Peut-on imaginer que le Parlement pourrait ou voudrait révoquer ces lois et leur enlever l'indépendance? Manifestement non. Une fois la liberté accordée, on ne peut l'enlever. La théorie juridique doit céder le pas devant la pratique politique. ...

Quelles sont les réalités en l'espèce? Si les ministres de Sa Majesté signent ce traité et si le Parlement adopte les dispositions pour le mettre en vigueur, je ne peux envisager que le Parlement en revienne ultérieurement et essaye de s'en retirer. Mais si le Parlement devait le faire, alors nous considérerons cette situation quand elle se produira. Nous dirons alors si le Parlement peut légalement le faire.

Les deux parties nous ont renvoyés à un article remarquable du professeur H.W.R. Wade dans le Cambridge Law Journal où il dit que "la souveraineté est un fait politique qu'on ne peut appuyer sur une autorité purement juridique". C'est exact. Nous devons attendre de voir ce qui se produira avant de nous prononcer sur la souveraineté dans le Marché commun.

La pertinence de cet extrait sur les points de droit qui étaient en litige n'est pas claire. Chose certaine, les deux autres juges qui ont siégé, les lords juges Salmon et Stamp, étaient d'avis que la seule préoccupation de la Cour était l'interprétation de la loi alors adoptée et non la conduite de la Couronne dans la conclusion de traités.

Enfin, on a invoqué la décision de cette Cour dans le renvoi sur le Sénat. Il est étonnant que l'on puisse dire que cette Cour y a reconnu qu'une convention se soit d'elle-même mutée en règle de droit. Dans cette affaire, on cherchait à justifier un projet de loi fédérale principalement sur le par. 91(1) de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique. Cette Cour a décidé que le projet, du moins dans ses traits principaux, excédait la compétence fédérale. Bien que la Cour eût brossé un tableau historique pour illustrer la situation du Sénat en vertu de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, sa tâche fondamentale était d'examiner la validité d'un projet de loi fédérale que l'on cherchait à justifier par une attribution de pouvoir au fédéral en vertu de l'Acte.

Quant à toutes les affaires citées, il faut dire qu'un choix d'extraits de motifs n'a aucune force indépendante à moins de tenir compte des points en litige et du contexte de ces extraits.

On nous a invités à examiner la doctrine sur la question. Il n'existe pas de consensus entre les auteurs, mais l'opinion la meilleure et la plus répandue est celle qu'exprime un article de Munro, "Laws and Conventions Distinguished" (1975), 91 Law Q. Rev. 218 où il dit (à la p. 228):

[TRADUCTION] La validité des conventions ne peut faire l'objet de procédures devant un tribunal. Aucune sanction légale ne permettra d'en réparer la violation. Il n'existe pas de décisions qui contredisent ces propositions. En fait, l'idée qu'un tribunal rende exécutoire une simple convention est si étrange que la question ne se pose pas vraiment.

Un autre passage de cet article mérite d'être mentionné (à la p. 224):

[TRADUCTION] Si en fait les lois et les conventions sont de nature différente, ce que je crois, alors on peut seulement obtenir un tableau exact et significatif de la constitution si l'on fait la distinction. Si la distinction est brouillée, l'analyse de la constitution est moins complète; c'est non seulement dangereux pour l'avocat, mais moins qu'utile pour le chercheur en science politique. ...

Que la question se soulève dans un état unitaire ou dans un état fédéral, la façon de l'aborder n'est pas différente: voir Hogg, *Constitutional Law of Canada* (1977), aux pp. 7 à 11.

Un point de vue contraire sur lequel s'appuient les provinces appelantes est celui du professeur W.R. Lederman dans deux articles qu'il a publiés, l'un intitulé "Process of Constitutional Amendment in Canada" (1967), 12 McGill L.J. 371 et le deuxième "Constitutional Amendment and Canadian Unity", (1978) Law Soc. U.C. Lectures, 17. L'opinion du professeur Lederman, un spécialiste renommé, mérite plus qu'un examen superficiel. Il reconnaît lui-même qu'il y a des opinions contraires, dont celle d'un spécialiste tout aussi distingué, le professeur F.R. Scott: voir Scott, "Essays on the Constitution" (1977), aux pp. 144, 169, 204-205, 245, 370-371, 402. On trouve également l'opinion contraire du professeur Hogg, déjà citée.

Le professeur Lederman s'appuie notamment sur une série de décisions déjà examinées, dont les motifs de sir Lyman Duff dans l'affaire des Conventions de travail. Il explique le saut de la convention à la loi comme s'il y avait une common law du droit constitutionnel qui tirerait son origine de la pratique politique. Ce n'est tout bonnement pas le cas. Ce qui est désirable comme limite politique ne se traduit pas en une limite juridique sans qu'il existe une loi ou un texte constitutionnel impératif. La position préconisée est d'autant plus inacceptable quand il dit qu'un acquiescement ou un consentement appréciable des provinces est suffisant. Bien que le professeur Lederman ne veuille pas donner un droit de veto à l'Île-du-Prince-Édouard, il en donnerait un à l'Ontario, au Québec, à la Colombie-Britannique ou à l'Alberta. Ce serait mettre les tribunaux dans une situation impossible. Ce point sera considéré à nouveau dans ces motifs.

VIII

Abordons maintenant la question de l'autorité ou du pouvoir des deux chambres fédérales de procéder par résolution pour envoyer à Sa Majesté la Reine l'adresse et le projet de loi annexé pour que le Parlement du Royaume-Uni procède à leur adoption. On ne trouve aucune limite juridique, que ce soit au Canada ou au Royaume-Uni (compte tenu de l'art. 18 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, tel que promulgué par 1875 (R.-U.), chap. 38, qui lie les privilèges, l'immunité et pouvoirs des chambres fédérales à ceux de la Chambre des communes britannique) au pouvoir des Chambres d'adopter des résolutions. En vertu de l'art. 18 susmentionné, le Parlement fédéral peut légiférer pour définir ces privilèges, immunités

et pouvoirs, dans la mesure où ils n'excèdent pas ceux que la Chambre des communes britannique détient et exerce au moment de l'adoption de la loi fédérale.

Voici ce qu'on peut lire dans May, Treatise on the Law, Privileges, Proceedings and Usages of Parliament (1976, 19^e éd.), un traité majeur sur la procédure parlementaire britannique (à la p. 382):

[TRADUCTION] Lorsqu'une question est approuvée, elle prend soit la forme d'un ordre ou d'une résolution de la Chambre. Ces deux termes sont utilisés dans les procès-verbaux de la Chambre pour toutes les propositions sur lesquelles il y a accord, et l'application du terme est soigneusement réglementée selon la teneur de la proposition. Par ses ordres, la Chambre dirige ses comités, ses membres, ses fonctionnaires, le déroulement de ses propres procédures et les actes de toutes les personnes visées; par ses résolutions, la Chambre énonce ses propres opinions et ses buts. ...

On retrouve ce passage presque textuellement dans Beauchesne, Parliamentary Rules and Forms (1978, 5^e éd.), à la p. 150. La Loi sur le Sénat et la Chambre des communes, S.R.C. 1970, chap. S-8, art. 4 et 5, renforce ce que dit l'art. 18 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, modifié en 1875.

La façon dont les chambres du Parlement procèdent, celle dont une assemblée législative provinciale procède est dans chaque cas une question d'auto-définition, sous réserve de prescriptions constitutionnelles prépondérantes, ou de prescriptions auto-imposées par la loi ou internes. Il est inutile en l'espèce de se lancer dans un examen historique de l'aspect "judiciaire" du Parlement et de l'immunité de ses procédures au contrôle judiciaire. Les tribunaux interviennent

quand une loi est adoptée et non avant (à moins qu'on ne leur demande leur avis sur un projet de loi par renvoi). Il serait incompatible avec le pouvoir d'auto-régulation ("inhérent" est un mot aussi approprié) des chambres du Parlement de nier leur capacité d'adopter des résolutions. On peut à bon droit se référer à l'art. 9 du Bill of Rights de 1689, qui fait indubitablement partie du droit du Canada et qui prévoit que [TRADUCTION] "les procédures du Parlement ne devront pas être attaquées ou mises en question par un tribunal ou par ailleurs hors du Parlement".

On fait valoir toutefois que lorsque la résolution touche aux pouvoirs des provinces, comme celle en question, le pouvoir fédéral de la soumettre à Sa Majesté la Reine est limité à moins d'un consentement de celles-ci. Si tel est le cas, ce n'est pas à cause d'une limite imposée au pouvoir d'adopter des résolutions, mais d'une limite extérieure fondée sur d'autres considérations qui seront examinées sous peu.

Bien que l'Acte de l'Amérique du Nord britannique soit lui-même muet sur la question du pouvoir des Chambres fédérales de procéder par résolution pour modifier l'Acte par adresse à Sa Majesté, son mutisme est un argument favorable à l'existence de ce pouvoir tout autant qu'il pourrait indiquer le contraire. La formulation de la question B du Québec suggère qu'il faut une preuve affirmative du pouvoir revendiqué, mais il est tout aussi compatible avec les précédents constitutionnels d'exiger une réfutation. En outre, si les deux chambres fédérales avaient le pouvoir de procéder par résolution, comment l'ont-elles perdu?

Pour l'instant, il est pertinent de souligner que même dans les cas où une modification de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique est fondée sur une résolution des chambres fédérales qui a reçu l'assentiment provincial, il n'y a pas un cas, sauf dans l'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1930, où la résolution en fasse état. En bref, il s'agit d'une question conventionnelle au Canada, sans effet sur la validité de la résolution à l'égard de l'action du Royaume-Uni. Le point est souligné par la toute première modification qui touche directement au pouvoir législatif provincial, celle qui en 1940 a ajouté "l'assurance-chômage" à la liste des pouvoirs exclusifs fédéraux. On avait demandé à l'époque en Chambre des communes à sir William Jowitt, alors solliciteur général et plus tard lord chancelier, ce qu'il en était du consentement des provinces au moment de la procédure d'adoption de la modification. Voici la question qu'on lui a posée et sa réponse (voir 362 U.K. Parl. Deb. 5th Series, H.C. 1177-1181):

[TRADUCTION] M. Mander ... Dans ce projet de loi, nous sommes seulement concernés par le Parlement du Canada, mais, à titre de renseignement, je serais reconnaissant au solliciteur général de nous dire si les parlements provinciaux canadiens sont d'accord avec les propositions soumises par le Parlement du Dominion ...

Sir William Jowitt ... On pourrait penser que le Parlement canadien est de quelque façon subordonné au nôtre, ce qui n'est pas le cas. En réalité, à la demande du Canada, ce vieux mécanisme survit encore jusqu'à ce qu'on imagine quelque chose de mieux, mais nous collons la réalité juridique à la réalité constitutionnelle en adoptant ces lois seulement dans la forme requise par le Parlement canadien et à sa requête.

Ma justification de ce projet de loi devant la Chambre (et il est important de le noter) n'est pas sur le fond du projet, ce qui relève du Parlement canadien; si nous nous engageons là-dessus, nous risquons d'empiéter sur ce qui à mon avis est leur position constitutionnelle. La seule justification

de ce texte législatif est que nous faisons ainsi ce que le Parlement du Canada désire faire ...

En réponse à l'honorable membre d'East Wolverhampton (M. Mander), je ne sais pas quelle est l'opinion des parlements provinciaux. Ce que je sais toutefois, c'est que lorsque la question a été soumise au Conseil privé, certains parlements provinciaux appuyaient le Parlement du Dominion. Le projet de loi est suffisamment justifié du fait que nous sommes moralement tenus d'agir parce que nous sommes saisis de la requête du Parlement du Dominion et que nous devons faire fonctionner le vieux mécanisme qui subsiste à sa demande selon ses vœux.

IX

En fait, on demande à cette Cour de consacrer juridiquement le principe du consentement unanime aux modifications constitutionnelles pour remédier à l'anomalie, encore plus prononcée aujourd'hui qu'en 1867, due au fait que l'Acte de l'Amérique du Nord britannique ne contient aucune disposition qui permette à une action canadienne seule d'effectuer des modifications. Bien que seule la Saskatchewan sur les huit provinces qui s'opposent au projet global du fédéral contenu dans la résolution, ait pris une position moins stricte, en écartant l'unanimité mais sans quantifier l'appui appréciable qu'elle préconise, les provinces parties aux renvois et aux présents pourvois ont le droit de voir cette Cour examiner à fond leur point de vue.

S'ils sont juridiquement fondés, ces points de vue ont bien sûr pour effet de laisser au moins le pouvoir de modification formel au Parlement du Royaume-Uni. Il sera traité plus loin des éléments relatifs aux arguments de légalité. L'effet de la résolution actuelle est de mettre fin au besoin de recourir au Parlement du Royaume-Uni à l'avenir.

Dans l'optique de son rejet de l'unanimité, la Saskatchewan fait valoir que la résolution ne viole aucunement les principes du fédéralisme pour ce qui est de la formule de modification y proposée.

Une question importante est soulevée par la position de la Saskatchewan qui invite cette Cour à diviser les éléments fondamentaux de la résolution, savoir, à séparer la Charte des droits et libertés et peut-être d'autres éléments, mais pas la formule de modification et le rapatriement. Ce n'est pas la position du procureur général du Canada ni celle des procureurs généraux des autres provinces; à leur avis à tous, c'est l'ensemble de la proposition qui est visée par le point de droit soulevé à la question 3 et à la question B. Certes les arguments juridiques pour et contre ne mettent pas en cause la teneur de la proposition et il est impossible de limiter la question de la légalité par des considérations d'impartialité, d'équité, de valeur politique ou même de désirabilité judiciaire.

La question de droit à proprement parler est de savoir si cette Cour peut adopter, en quelque sorte en légiférant, une formule imposant l'unanimité pour déclencher le processus de modification qui lierait non seulement le Canada mais aussi le Parlement du Royaume-Uni qui détiendrait toujours le pouvoir de modification. Il serait évidemment anormal, ce qui cacherait l'anomalie d'une constitution sans dispositions modificatrices, que cette Cour dise rétroactivement qu'en droit, il y a toujours eu une formule de modification même si nul ne le savait jusqu'ici, ou dise qu'il existait en droit une

première formule de modification, disons de 1867 à 1931, et une deuxième qui s'est concrétisée après 1931. Nul ne peut nier qu'il est souhaitable d'arriver à un accord fédéral-provincial ou à un compromis acceptable. Quoi qu'il en soit, cela ne touche pas à la légalité. Comme l'a dit sir William Jowitt dans la citation susmentionnée, nous devons faire fonctionner le vieux mécanisme, peut-être une dernière fois.

X

Selon les prétentions des provinces, les chambres fédérales sont juridiquement dans l'incapacité de donner suite à la résolution qui fait l'objet des renvois et des présents pourvois. Joint à cette assertion, on trouve l'argument que le Parlement du Royaume-Uni a de fait renoncé à son pouvoir de donner suite à une résolution telle celle dont cette Cour est saisie et qu'il pourrait seulement agir pour ce qui est du Canada si une requête émanait des "autorités appropriées". Pour que ce soient les chambres fédérales, il ne faudrait pas que les pouvoirs ou intérêts provinciaux soient touchés; autrement, les autorités appropriées devraient comprendre les provinces. Ce n'est pas que les provinces doivent être parties à l'adresse fédérale à Sa Majesté La Reine; ce n'est pas le point allégué. Mais leur consentement est une condition de la validité du processus par adresse et résolution de même que de la validité de l'action subséquente du Parlement du Royaume-Uni (ou, selon la Saskatchewan, un acquiescement ou une approbation provinciale appréciable).

Cette position prend l'aspect des fils d'un écheveau qu'il convient de démêler pour en faire une analyse et une évaluation appropriées. Ils impliquent notamment la Déclaration Balfour, qui a suivi la conférence impériale de 1926, et aussi la conférence impériale de 1930, qui fut précédée par une réunion d'experts en 1929 sur le fonctionnement législatif des dominions. Ensuite on insiste de façon considérable sur une vision particulière de certaines dispositions du Statut de Westminster, en particulier l'art. 4 et le par. 7(1). Le plus important est peut-être une prétention conjointe fondée sur la souveraineté (atténuée en réplique par le procureur général du Manitoba) et sur ce que l'on considère être les présuppositions fondamentales et la base constitutionnelle du fédéralisme canadien.

XI

On a invité la Cour à considérer que lorsque la Déclaration Balfour de 1926 parle de "collectivité autonome", elle vise les provinces du Canada (et, probablement, les états du Dominion frère d'Australie). Voici cette célèbre déclaration de principe, une déclaration politique faite dans le contexte de la marche vers l'indépendance des dominions par rapport au Royaume-Uni:

[TRADUCTION] Il s'agit de collectivités autonomes au sein de l'Empire britannique, de statut égal et en aucune façon subordonnées l'une à l'autre pour ce qui est de leurs affaires internes ou extérieures, tout en étant unies par une allégeance commune à la Couronne, et librement associées comme membres du Commonwealth britannique des Nations.

Il est impossible de chercher à étayer la position provinciale en l'espèce sur cette déclaration. Les provinces n'ont participé au cheminement qui a abouti au Statut de Westminster, 1931 qu'après la conférence de 1929 sur le fonctionnement législatif des dominions, quoiqu'à un certain degré avant la conférence impériale de 1930. Elles ont présenté leurs points de vue sur certains aspects de la loi imminente, points de vue qui ont été analysés à une conférence Dominion-provinces de 1931. Le point principal visait le projet d'abrogation de la Loi relative à la validité des lois des colonies (R.-U.), chap. 63 et son effet sur la modification de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, point qui sera examiné plus loin dans ces motifs.

Bien que la Déclaration Balfour ne puisse appuyer en soi l'affirmation de l'autonomie provinciale dans le sens large que l'on fait valoir, il semble qu'on veuille lui attribuer rétroactivement cet effet en raison de l'adoption du Statut de Westminster. On met cette loi de l'avant non seulement comme une indication de l'égalité de statut entre le Dominion et les provinces vis-à-vis du Parlement du Royaume-Uni, mais aussi comme une atténuation du pouvoir législatif jusqu'alors entier de ce parlement relativement au Canada lorsque des intérêts provinciaux sont en cause. Selon la Cour d'appel de Terre-Neuve, ces conséquences tirent leur origine de la Déclaration Balfour, faite à l'occasion de la conférence impériale de 1926 et dont on trouve le texte dans le rapport de cette conférence.

Le résumé suivant sur la question 3 se trouve dans les motifs de la Cour d'appel de Terre-Neuve:

[TRADUCTION] A notre avis, le statut constitutionnel des provinces du Canada comme collectivités autonomes est confirmé et parfait par a) le Statut de Westminster qui donne effet au principe constitutionnel énoncé à la conférence impériale et selon lequel à la fois le Royaume-Uni et les Dominions sont des collectivités autonomes, de statut égal en aucune façon subordonnées les unes aux autres pour ce qui est de leurs affaires internes ou extérieures; b) la reconnaissance à cette conférence de la division des pouvoirs entre les parties constituantes du Dominion du Canada, chacune étant autonome et en aucune façon subordonnée aux autres; et c) la remise par le Parlement impérial aux provinces de sa souveraineté législative sur les questions qui aux termes de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique relèvent de la compétence législative exclusive des provinces. La modification de ce statut constitutionnel est par là exclue pour l'avenir de la compétence parlementaire britannique sauf du consentement des provinces.

Quoique le Parlement de la Grande-Bretagne, en l'absence d'avis au contraire, ait constitutionnellement le droit d'accepter une résolution adoptée par les deux chambres du Parlement canadien en tant que demande valide de modification constitutionnelle pour l'ensemble de la collectivité canadienne, pour les motifs susmentionnés, il lui est néanmoins interdit d'adopter une modification qui restreint les pouvoirs, droits et privilèges accordés aux provinces par l'Acte de l'Amérique du Nord britannique et élargis par le Statut de Westminster à l'encontre des objections des provinces.

Si la portée du Statut de Westminster est de fait celle qu'énonce ce passage et celle que les provinces ont soutenue devant cette Cour, il est inutile de recourir à la Déclaration Balfour, sauf peut-être à titre complémentaire. On a beaucoup écrit sur les événements qui ont conduit au Statut de Westminster. Il suffit de mentionner à titre indicatif la discussion dans Wheare, The Statute of Westminster

and Dominion Status (1953, 5^e éd.), passim, et voir en particulier le chapitre VII, The Statute and the Legal Status of Canada.

Les prétentions relatives au Statut de Westminster faites par les avocats qui ont plaidé devant cette Cour mettent en cause (1) le préambule du Statut; (2) les par. 2(1) et (2); (3) l'art. 3; (4) l'art. 4 et (5) les par. 7(1), (2) et (3). Voici le texte de ces dispositions:

CONSIDÉRANT que les délégués des Gouvernements de Sa Majesté du Royaume-Uni, du Dominion du Canada, du Commonwealth d'Australie, du Dominion de la Nouvelle-Zélande, de l'Union Sud-Africaine, de l'État libre d'Irlande, et de Terre-Neuve, aux Conférences impériales tenues à Westminster en les années de Notre-Seigneur mil neuf cent vingt-six et mil neuf cent trente, ont concouru aux énoncés et aux vœux formulés dans les rapports desdites Conférences;

Considérant qu'il est expédient et à propos, puisque la Couronne est le symbole de la libre association des membres de la Communauté des nations britanniques et que ces dernières se trouvent unies par une allégeance commune à la Couronne, d'exposer sous forme de préambule à la présente loi qu'il serait conforme au statut constitutionnel consacré de tous les membres de la Communauté dans leurs rapports réciproques, de statuer que toute modification de la Loi relative à la succession au Trône ou au Titre royal et aux Titres doit recevoir désormais l'assentiment aussi bien des Parlements de tous les Dominions que du Parlement du Royaume-Uni;

Considérant qu'il est conforme au statut constitutionnel consacré de statuer que nulle loi émanant désormais du Parlement du Royaume-Uni ne doit s'étendre à l'un quelconque desdits Dominions comme partie de la législation de ce Dominion, sauf à la demande et avec l'agrément de celui-ci;

Considérant que la ratification, la confirmation et la mise à effet de certains desdits énoncés et vœux desdites Conférences nécessitent la confection et l'adoption, par autorité du Parlement du Royaume-Uni, d'une loi en bonne et due forme;

Considérant que le Dominion du Canada, le Commonwealth d'Australie, le Dominion de la

Nouvelle-Zélande, l'Union Sud-Africaine, l'État libre d'Irlande, et Terre-Neuve ont solidairement demandé et agréé de saisir le Parlement du Royaume-Uni d'une mesure tendant à statuer, quant aux questions susdites, dans le sens prescrit ci-après dans la présente loi:

A ces causes, qu'il soit édicté ce qui suit par Sa Très Excellente Majesté le Roi, de l'avis et du consentement et par autorité des lords spirituels et temporels et des communes en le présent Parlement assemblés:

...

2.(1) La Loi de 1865 relative à la validité des lois des colonies ne doit s'appliquer à aucune loi adoptée par le Parlement d'un Dominion postérieurement à la proclamation de la présente loi.

(2) Nulle loi et nulle disposition de toute loi édictée postérieurement à la proclamation de la présente loi par le Parlement d'un Dominion ne sera invalide ou inopérante à cause de son incompatibilité avec la législation d'Angleterre, ou avec les dispositions de toute loi existante ou à venir émanée du Parlement du Royaume-Uni, ou avec tout arrêté, statut ou règlement rendu en exécution de toute loi comme susdit, et les attributions du Parlement d'un Dominion comprendront la faculté d'abroger ou de modifier toute loi ou tout arrêté, statut ou règlement comme susdit faisant partie de la législation de ce Dominion.

3. Il est déclaré et statué par les présentes que le Parlement d'un Dominion a le plein pouvoir d'adopter des lois d'une portée extra-territoriale.

4. Nulle loi du Parlement du Royaume-Uni adoptée postérieurement à l'entrée en vigueur de la présente Loi ne doit s'étendre ou être censée s'étendre à un Dominion, comme partie de la législation en vigueur dans ce Dominion, à moins qu'il n'y soit expressément déclaré que ce Dominion a demandé cette loi et a consenti à ce qu'elle soit édictée.

...

7.(1) Rien dans la présente Loi ne doit être considéré comme se rapportant à l'abrogation ou à la modification des Actes de l'Amérique du Nord britannique, 1867 à 1930, ou d'un arrêté, statut ou règlement quelconque édicté en vertu desdites Actes.

(2) Les dispositions de l'article deux de la présente Loi doivent s'étendre aux lois édictées par les provinces du Canada et aux pouvoirs des législatures de ces provinces.

(3) Les pouvoirs que la présente Loi confère au Parlement du Canada ou aux législatures des provinces ne les autorisent qu'à légiférer sur des questions qui sont de leur compétence respective.

Rien dans le préambule ne se rapporte aux provinces si ce n'est la référence au Rapport de la Conférence impériale de 1930. Avant cette conférence, les provinces se sont inquiétées avec raison, car le projet d'abrogation de la Loi relative à la validité des lois des colonies en faveur du Parlement d'un Dominion et aussi ce qui est devenu le par. 2(2) du Statut pouvaient avoir pour effet d'élargir le pouvoir du fédéral et lui permettre, par ses propres lois, de modifier les dispositions de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique. Ainsi, à la Conférence de 1930, on a consigné ce qui suit (Cmd. 3717, aux pp. 17 et 18):

[TRADUCTION] que les articles du Statut relatifs à la Loi relative à la validité des lois des colonies ne devraient pas de par leur teneur s'étendre au Canada à moins que le Statut ait été adopté en réponse à des demandes appropriées de modification de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique. Il appert aussi souhaitable de consigner que les articles ne devraient pas être étendus subséquentement au Canada si ce n'est par une loi du Parlement du Royaume-Uni adoptée en réponse à des demandes appropriées de modification de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique.

La Loi relative à la validité des lois des colonies devait être une loi libératrice qui dégagerait les législatures coloniales de la soumission à la common law britannique (sous réserve de l'autorité du Conseil privé) et de la soumission aux lois britanniques à moins qu'un texte législatif s'applique expressément ou par implication nécessaire à la colonie. Dans le contexte de l'indépendance des dominions, il fut établi que le Royaume-Uni ne devrait plus légiférer de son propre chef pour l'un deux; ceux-ci devraient être libres d'abroger les lois britanniques qui leur étaient applicables ou qui le deviendraient. D'où la déclaration du préambule et les art. 2 et 4 dans leur application à un dominion. Après la Conférence impériale de 1930 et par suite de la conférence Dominion-

provinces de 1931, les provinces obtinrent l'assurance qu'elles pourraient également bénéficier de l'abrogation de la Loi relative à la validité des lois des colonies et qu'elles auraient le pouvoir d'abroger toute loi britannique qui leur était applicable. Tel était l'effet du par. 7(2) du Statut de Westminster. Il n'a pas semblé nécessaire de les inclure à l'art. 4.

La question la plus importante était cependant la position du Dominion vis-à-vis de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique. Il ressort du par. 7(1), renforcé par le par. 7(3), que le status quo ante était conservé, c'est-à-dire, qu'on laissait les modifications de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique (savoir celles que, selon ce texte, ni les provinces ni le Dominion ne pouvait effectuer par voie législative) dans la situation qui prévalait alors, savoir, sous l'autorité législative du Parlement du Royaume-Uni qui restait intacte. Comme sir William Jowitt l'a dit, dans le passage déjà cité (à propos du débat sur la modification relative à l'assurance-chômage), "le vieux mécanisme" est resté en place à la suite du Statut de Westminster. Aucune autre conclusion n'est défendable à la lecture objective du texte du Statut de Westminster.

Les provinces autres que l'Ontario et le Nouveau-Brunswick ne sont pas d'accord avec cette analyse du Statut de Westminster. Elles ont pris différentes positions à cet égard. On a monté en épingle, notamment l'avocat du procureur général du Manitoba, l'emploi du pluriel dans la phrase [TRADUCTION] "des demandes appropriées de modification de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique" dans le passage précité du rapport de la Conférence impériale de 1930. On a fait

valoir qu'il s'agissait d'une réaffirmation de la partie de la conférence sur le fonctionnement législatif du Dominion de 1929 qui, à l'égard de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, déclare que la question du mode approprié de modifications devrait être laissée [TRADUCTION] "à l'examen des autorités canadiennes compétentes". On a fait valoir, non sans à propos, que les "autorités canadiennes compétentes" étaient le Dominion et les provinces et, présumément, qu'il leur appartiendrait de décider s'il s'agit des gouvernements ou du Parlement et des législatures respectifs ou des deux et aussi du degré approprié d'entente entre les provinces. Il est toutefois impossible d'en tirer une norme juridique parce qu'en définitive, quel que soit le consensus politique, il subsisterait toujours la nécessité juridique d'une action législative finale du Royaume-Uni.

La conférence Dominion-provinces de 1931 qui a suivi n'élucide rien en l'espèce. Comme le bref résumé de la conférence le dit, son but était

[TRADUCTION] ... de donner aux provinces une possibilité d'exprimer leurs points de vue sur le Statut de Westminster et le projet d'article numéro 7 qui y sera inclus pour traiter seulement de la situation canadienne. Ce principe du projet de loi n'a reçu aucune objection et une proposition que les dispositions du Statut sur l'abrogation de la Loi relative à la validité des lois des colonies soient étendues aux provinces fut approuvée. Toutes les provinces ont jugé le texte de l'article 7 canadien satisfaisant bien que Québec ait demandé plus de temps pour l'examiner. Entre temps, le gouvernement du Québec a transmis son approbation.

Le résumé de la Conférence continue en ces termes:

[TRADUCTION] Certaines autres questions constitutionnelles se sont posées au cours de la Conférence. Certaines provinces souhaitaient que la question des pouvoirs et de la procédure relative aux modifications constitutionnelles soit discutée en même temps que la question plus large des relations constitutionnelles entre le Dominion et les

provinces. Comme il était impossible de le faire à cette réunion, les parties ont convenu de convoquer une conférence constitutionnelle dès que possible. Selon l'opinion générale, à une conférence de ce genre, on pourrait découvrir un mode de modification de la Constitution canadienne par des organismes canadiens qui concilierait les deux aspects essentiels: une facilité raisonnable de changement et la préservation des droits provinciaux.

La phrase soulignée dans ce résumé de la Conférence indique très clairement qu'en 1930 il n'existait certainement pas de règle de droit en ce qui concerne les modifications constitutionnelles. Le Statut de Westminster n'a rien changé à la situation juridique.

On a également fait valoir devant cette Cour que le par. 7(1), qui selon ses termes ("rien dans la présente Loi ne doit être considéré comme se rapportant [aux] ... Actes de l'Amérique du Nord britannique, 1867 à 1930") exclut l'Acte de l'Amérique du Nord britannique (du moins dans sa forme d'alors) de l'application du Statut de Westminster, visait les art. 2 et 3 et non l'art. 4. Selon cet argument, le par. 7(1) n'exclut pas l'application de l'art. 4 auquel on doit donner un effet limitatif vis-à-vis du Dominion compte tenu des provinces; "la demande et le consentement" exprès à une loi britannique nécessaires pour la rendre applicable au Canada sont ceux du Dominion et des provinces si la loi vise des intérêts ou des pouvoirs provinciaux, par exemple, une modification de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique comme celle envisagée par la résolution présente. On prétend qu'il faut donner au mot "Dominion" à l'art. 4 ce qu'on peut appeler un sens conjoint ou collectif incluant à la fois le Dominion et les provinces; on allègue qu'autrement le but du Statut de Westminster serait mis en échec. On souligne une différence, dite importante, dans la

mention de "Parlement d'un Dominion" à l'art. 3 et le simple mot de "Dominion" à l'art. 4.

Rien dans le texte du Statut de Westminster n'appuie la position des provinces quoiqu'en se fondant sur cette interprétation, on allègue que le Parlement du Royaume-Uni a renoncé à son pouvoir antérieurement absolu sur l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, une de ses propres lois, ou l'a cédé. Cet argument quant à la question 3 et à la question B (dans son aspect juridique) affirme une diminution juridique de la suprématie législative du Royaume-Uni. En bref, la réponse aux ramifications de cette prétention est qu'elle déforme à la fois l'histoire et les principes ordinaires d'interprétation législative ou constitutionnelle. Le fait patent est que le par. 7(1) a été promulgué pour empêcher que l'on conclue à l'existence du pouvoir fédéral unilatéral direct de modifier l'Acte de l'Amérique du Nord britannique et que c'est le par. 7(3), et non le par. 7(1), qui vise l'art. 2. C'est pourquoi il était inutile de prévoir pour le Canada ce que le par. 9(3) prévoit pour l'Australie, savoir, que dans l'application du Statut de Westminster au Commonwealth d'Australie, "la demande et le consentement visés à l'article quatre sont la demande et le consentement du Parlement et du Gouvernement du Commonwealth d'Australie". En outre, l'article d'interprétation du Statut de Westminster, l'art. 1, précise que "Dominion" signifie l'un quelconque des Dominions suivants: "le Dominion du Canada, le Commonwealth d'Australie, le Dominion de la Nouvelle-Zélande, l'Union Sud-Africaine, l'État libre d'Irlande, et Terre-Neuve". Le contexte explique facilement la mention du "Parlement d'un Dominion" à l'art. 3 et de "Dominion" à l'art. 4. L'argument fondé sur le Statut de Westminster est

indéfendable, mais il rend plus préoccupant l'examen de l'effet du retrait de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique du Statut de Westminster et de la préservation par le par. 7(3) de la répartition existante des pouvoirs législatifs aux termes de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique.

XII

Ceci mène aux arguments qui ont porté sur la souveraineté des provinces à l'égard de leurs pouvoirs en vertu de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique; le terme "souveraineté" est devenu "suprématie" au cours des plaidoiries. On a assorti cet argument de la prétention que le Canada ne peut faire indirectement ce qu'il ne peut pas faire directement; il ne pourrait pas par un de ses propres textes de loi accomplir ce que propose la résolution. Pareil texte législatif serait nettement ultra vires quant à la majorité des dispositions énoncées par la résolution et il ne devrait pas pouvoir renforcer sa situation sur le plan juridique en faisant appel au Parlement du Royaume-Uni. En outre, même si le Parlement du Royaume-Uni a conservé son pouvoir formel sur l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, puisque c'est une de ses lois, il est, pour reprendre les propos de feu le juge Rand, alors à la retraite, "un simple fiduciaire législatif", juridiquement soumis à l'égard de la résolution aux ordres des bénéficiaires, savoir le Dominion et les provinces.

Il convient à ce stade de traiter de l'argument "direct-indirect" et de celui de la "fiducie législative", avant de reprendre la proposition principale, la suprématie législative provinciale. Cette prétention implique un examen du caractère du fédéralisme canadien et doit, évidemment, être soigneusement jaugée.

En soi, cette prétention revient à ceci: que les chambres fédérales puissent chercher à obtenir l'adoption du projet de loi annexé à la résolution ou pas, il serait en tout cas illégal de recourir au pouvoir du Royaume-Uni pour faire au nom du Canada ce que ce dernier ne peut faire lui-même. La maxime "on ne peut faire indirectement ce qu'on ne peut faire directement" est souvent employée à tort et à travers. On l'a utilisée pour invalider une loi provinciale dans Madden v. Nelson and Fort Sheppard Ry., [1889] A.C. 626. C'est une façon percutante de décrire la législation déguisée: voir Ladore v. Bennett, [1939] A.C. 468 à la p. 482. Toutefois cela n'empêche pas une législature dont le pouvoir est limité de faire directement en vertu d'un chef de pouvoir législatif ce qu'elle ne pourrait faire directement en vertu d'un autre chef. La question évidemment reste celle de savoir si les deux chambres fédérales peuvent seules déclencher le processus et l'utiliser pour invoquer la compétence du Parlement du Royaume-Uni.

Par rapport tout au moins à la formule de modification, le processus en question ici ne vise pas la modification d'une constitution complète, mais plutôt l'achèvement d'une constitution incomplète.

Il s'agit en l'espèce de la touche finale, d'ajouter une pièce à l'édifice constitutionnel; il est vain de s'attendre à trouver quelque chose dans l'Acte de l'Amérique du Nord britannique qui règle ce processus. S'il en était autrement, il serait inutile de recourir comme ici à la procédure par résolution qui tient compte du lien intergouvernemental et international entre le Canada et la Grande-Bretagne. Il n'y a

pas de lien comparable qui implique les provinces et la Grande-Bretagne. En outre, quand on a recours à l'argument de l'acte "direct-indirect", on confond la question du processus, qui est la question fondamentale en l'espèce, et celle de la compétence du Parlement britannique. La compétence de ce parlement est, pour les motifs déjà exposés, entière et il lui appartient à lui seul de décider d'agir et du mode d'action.

Feu M. le juge Rand a utilisé les mots "un simple fiduciaire législatif" au cours des conférences Holmes tenues à la faculté de droit de Harvard sous le titre "Some Aspects of Canadian Constitutionalism" publiées dans (1960), 38 Rev. du Bar. Can. 135. Il a utilisé cette expression alors qu'il discutait de l'effet du Statut de Westminster. Il dit (à la p. 145):

[TRADUCTION] Du point de vue législatif, une situation unique est née. Le Parlement britannique est en effet devenu un simple fiduciaire législatif du Dominion; l'organisme constitutionnel qui peut modifier les dispositions de la Constitution canadienne contenues dans l'Acte de 1867 est toujours le Parlement britannique; mais la direction politique revient au Parlement du Dominion; le premier a accepté de limiter son résidu de pouvoir législatif vis-à-vis du Canada à rien de plus qu'un moyen de donner effet à la volonté du Canada. Il pourrait arriver, quoique ce soit tout à fait improbable, que le Parlement britannique élève des objections à une demande de modification législative si par exemple elle a des effets législatifs importants auxquels une ou plusieurs provinces ne souscriraient pas; mais cela ne revient à rien de plus qu'à dire que le peuple canadien n'aurait pas encore convenu du mode de modification de ses relations constitutionnelles internes. Une fois d'accord sur ce moyen, l'indépendance législative, non seulement au fond mais dans la forme, sera atteinte.

La Cour d'appel de Terre-Neuve a adopté la phrase mais a décidé que le juge Rand n'aurait pas dû limiter l'idée d'une fiducie au seul Dominion du Canada. De plus, la Cour est carrément passée à côté du point central de la conférence du

juge Rand, que "la direction politique revient au Parlement du Dominion". A ce sujet la Cour déclare:

[TRADUCTION] Nous endossons totalement cette déclaration mais ajoutons que le Parlement de Grande-Bretagne est un "simple fiduciaire législatif" à la fois du Parlement fédéral et des législatures provinciales relativement aux domaines qui relèvent de leur compétence législative respective. Une modification adoptée par le Parlement de Grande-Bretagne qui touche à la compétence de l'une ou l'autre des parties, sans le consentement de cette dernière, serait non seulement contraire à l'intention du Statut de Westminster, mais elle mettrait en échec toute l'économie de la constitution fédérale canadienne.

Pour parer à cette conclusion de la Cour d'appel de Terre-Neuve, il suffit de se reporter à ce que dit Gérin-Lajoie dans son ouvrage fécond Constitutional Amendment in Canada (1950), à la p. 138:

[TRADUCTION] Bien que le Parlement du Royaume-Uni ne puisse adopter de modifications constitutionnelles sans une demande canadienne dûment formulée, la seule voix compétente au Canada à cet égard est celle du pouvoir fédéral. Les autorités provinciales, que ce soit l'exécutif ou le législatif, n'ont pas de locus standi pour s'adresser au Parlement ou au gouvernement britannique afin d'obtenir une modification de la constitution fédérale.

Il est évident que tout changement du pouvoir législatif du Parlement ou des législatures provinciales toucherait directement à celui de l'autre. A vrai dire les remarques de la Cour d'appel de Terre-Neuve citées sont davantage pertinentes aux prétentions des parties relatives à la nature du fédéralisme canadien qu'à une interprétation du Statut de Westminster. Quoi que le Statut puisse impliquer relativement aux procédures conventionnelles intracanadiennes, ni lui ni les procédures dont il découle ne mettent en doute l'autorité juridique entière du Parlement du Royaume-Uni sur l'Acte de l'Amérique du Nord britannique.

XIII

En définitive, lorsqu'on conteste en droit la compétence des chambres fédérales de chercher à faire adopter par le Parlement du Royaume-Uni la loi incluse dans la résolution, on se fonde sur la suprématie reconnue des législatures provinciales sur les pouvoirs que leur confère l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, suprématie par rapport au Parlement fédéral. On fait valoir que le renforcement ou peut-être le fondement de cette suprématie découle de la nature ou des caractéristiques du fédéralisme canadien.

L'argument de la suprématie en soi se justifie du seul fait de la formulation même des pouvoirs respectifs du Parlement et des législatures provinciales aux art. 91 et 92 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique. Toutefois, la primauté fédérale est la règle générale dans l'exercice réel de ces pouvoirs. Ceci mis à part, l'exclusivité des pouvoirs provinciaux (soit une autre façon d'exprimer la suprématie plus en accord avec le texte de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique) ne peut être niée. La longue liste d'arrêts, de Hodge v. The Queen (1883), 9 App. Cas. 117, en passant par Liquidators of the Maritime Bank v. Receiver General of New Brunswick, [1892] A.C. 437 et l'affaire des Conventions de travail où le Conseil privé a parlé "des compartiments étanches" entre les pouvoirs législatifs (voir [1937] A.C. 326 à la p. 354), donne un appui suffisant au principe de l'exclusivité ou de la suprématie mais, évidemment, dans le cadre de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique.

Bien qu'il y ait ce que l'on a appelé des traits unitaires dans l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, soit les pouvoirs prépondérants (à distinguer de la primauté de la législation) du Parlement et du gouvernement fédéraux, leur

effet modificatif sur le pouvoir provincial exclusif n'y porte pas atteinte à un degré appréciable. Ainsi, le pouvoir déclaratoire du fédéral en vertu de l'al. 92(10)c) a une portée limitée; bien que le pouvoir de réserve et de désaveu des lois provinciales existe toujours en droit, il est tombé à toute fin pratique en désuétude. Le fait que les lieutenants-gouverneurs des provinces soient nommés par le gouvernement central n'a en pratique aucun impact sur les pouvoirs provinciaux puisqu'en droit, le lieutenant-gouverneur est tout autant le représentant personnel du Souverain que l'est le gouverneur général. Dans chaque cas, la représentation se rapporte évidemment aux pouvoirs respectifs conférés au Parlement et aux législatures. En outre, puisqu'il y a une dimension internationale et extérieure aux rapports entre le Canada et la Grande-Bretagne, toute communication officielle entre une province et son lieutenant-gouverneur et le gouvernement du Royaume-Uni ou la Reine doit se faire par l'intermédiaire du gouvernement fédéral ou du gouverneur général.

A cet égard, il est important de souligner que, dès 1923, le gouvernement du Canada a obtenu une reconnaissance internationale de son pouvoir indépendant de contracter des obligations avec l'étranger quand il négocia la Convention sur la pêche du flétan avec les États-Unis. La Grande-Bretagne l'avait compris à ce moment-là tout comme les États-Unis. Une confirmation est venue des conférences impériales subséquentes, sanctifiée par le Statut de Westminster qui a aussi donné une assise juridique à notre indépendance interne vis-à-vis de la Grande-Bretagne. Le dernier signe de soumission, le besoin de recourir au Parlement britannique pour modifier l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, bien que préservé par le Statut de Westminster, ne comporte aucune diminution du pouvoir du Canada en droit international et en droit constitutionnel canadien, d'affirmer son indépendance en matière de relations

extérieures, que ce soit avec la Grande-Bretagne ou d'autres pays. Ce point est mis en relief par l'arrêt de cette Cour dans le Renvoi: Offshore Mineral Rights, [1967] R.C.S. 792, à la p. 816. C'est une considération pertinente aux pourvois dont cette Cour est saisie.

Les provinces qui s'opposent à l'envoi de l'adresse sans le consentement provincial font valoir que les relations extérieures avec la Grande-Bretagne à cet égard doivent tenir compte de la nature et des caractéristiques du fédéralisme canadien. Elles prétendent que leur position trouve un fondement juridique dans le régime fédéral canadien tel qu'il ressort des antécédents historiques, des déclarations de personnalités politiques importantes et du préambule de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique.

Les arguments tirés de l'histoire ne donnent pas une vision uniforme ni une vision unique de la nature de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique; plusieurs interprétations sont possibles et plusieurs ont été faites; voir le rapport de la Commission royale des relations entre le Dominion et les provinces (1940), Livre 1, aux pp. 29 et suiv. L'histoire ne peut modifier le fait qu'en droit, il y a une loi britannique à interpréter et à appliquer relativement à un sujet absolument fondamental mais que la loi ne régit pas. On a évidemment vu se développer des pratiques qui tenaient compte de l'indépendance canadienne. Elles avaient à la fois des aspects intra-canadiens et extra-canadiens par rapport au pouvoir législatif britannique. Les premières ont déjà été analysées à la fois dans les motifs relatifs à la question 2 et à la question B et, jusqu'à un certain point, dans ces motifs-ci. Qu'il s'agisse de la théorie absolue du pacte (qui, même du point de vue des faits, ne peut être défendue compte tenu du pouvoir fédéral de créer de nouvelles provinces à partir de territoires fédéraux,

ce qui s'est produit lors de la création de l'Alberta et de la Saskatchewan) ou d'une théorie du pacte modifiée, comme l'allèguent certaines provinces, il s'agit de théories qui relèvent du domaine politique, de l'étude des sciences politiques. Elles ne mettent pas le droit en jeu, sauf dans la mesure où elles pourraient avoir une pertinence périphérique sur les dispositions en vigueur de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique et sur son interprétation et application. C'est pourquoi, pour prendre un exemple, dans l'affaire de la Délégation interparlementaire, Attorney General of Nova Scotia v. Attorney General of Canada, [1951] R.C.S. 31, le juge en chef Rinfret dit (à la p. 34):

[TRADUCTION] La Constitution du Canada n'appartient ni au Parlement, ni aux législatures; elle appartient au pays. C'est en elle que les citoyens de ce pays trouveront la protection des droits auxquels ils peuvent prétendre. Le fait que le Parlement ne peut légiférer que sur les sujets que lui assigne l'article 91, et que chaque province peut légiférer exclusivement sur les matières que lui assigne l'article 92, fait partie de cette protection.

Il faut toutefois placer cette déclaration dans le contexte d'une question soulevée en regard de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique; la question était de savoir s'il pouvait y avoir entre le Parlement du Canada et les législatures provinciales une délégation des pouvoirs législatifs respectifs confiés en tant que pouvoirs exclusifs à chaque ordre d'autorité. Devant la cour d'instance inférieure, soit la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse en banc, le juge en chef Chisholm a souligné que l'Acte de l'Amérique du Nord britannique ne constituait pas un comptoir d'échange d'articles constitutionnels: voir [1948] 4 D.L.R. 1 à la p. 6.

La déclaration susmentionnée du juge en chef Rinfret n'a en soi aucune conséquence juridique; elle souligne

simplement le caractère impératif de la répartition des pouvoirs législatifs. En bref, tout comme l'argument de la cristallisation de la convention en une règle de droit, la mention des théories du fédéralisme dans certaines décisions ne constitue rien de plus qu'un appui à une question soumise aux tribunaux indépendamment de ces théories.

Il en va de même des déclarations de personnalités politiques ou de personnes dans d'autres secteurs de la vie publique. Il y a peu à gagner à en faire étalage.

On prétend enfin appuyer l'exigence juridique d'un consentement provincial à la résolution devant cette Cour, consentement qui conditionnerait aussi la réponse du Royaume-Uni, sur le préambule de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique lui-même et sur le reflet dans le texte formel de l'Acte de ce qui serait les présuppositions essentielles du préambule quant à la nature du fédéralisme canadien. Voici l'énoncé complet du préambule:

CONSIDÉRANT que les provinces du Canada, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick ont exprimé le désir de contracter une Union Fédérale pour ne former qu'une seule et même Puissance (Dominion) sous la couronne du Royaume-Uni de la Grande-Bretagne et d'Irlande, avec une constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni:

Considérant de plus qu'une telle union aurait l'effet de développer la prospérité des provinces et de favoriser les intérêts de l'Empire Britannique:

Considérant de plus qu'il est opportun, concurremment avec l'établissement de l'union par autorité du parlement, non seulement de décréter la constitution du pouvoir législatif de la Puissance, mais aussi de définir la nature de son gouvernement exécutif:

Considérant de plus qu'il est nécessaire de pourvoir à l'admission éventuelle d'autres parties de l'Amérique du Nord britannique dans l'union:

Le préambule met de l'avant le désir des provinces nommées "de contracter une Union Fédérale ... avec une constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni". Il parle aussi d'une union en "une seule et même Puissance" et de l'établissement de l'union "par autorité du Parlement", c'est-à-dire le Parlement du Royaume-Uni. Que peut-on donc déduire du préambule du point de vue juridique? Il va sans dire qu'un préambule n'a aucune force exécutoire mais qu'on peut certainement y recourir pour éclaircir les dispositions de la loi qu'il introduit. L'Union fédérale "avec une constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni" peut fort bien comprendre le gouvernement responsable et des aspects de common law du régime constitutionnel unitaire du Royaume-Uni, telle la règle de droit et les prérogatives et immunités de la Couronne. La "règle de droit" est une expression haute en couleur qui, sans qu'il soit nécessaire d'en examiner ici les nombreuses implications, communique par exemple un sens de l'ordre, de la sujétion aux règles juridiques connues et de la responsabilité de l'exécutif devant l'autorité légale. Des modifications législatives peuvent changer les règles de common law, comme cela s'est produit pour les prérogatives et immunités de la Couronne. Il y a aussi une contradiction interne à parler du fédéralisme à la lumière du principe invariable de la suprématie parlementaire britannique. Bien sûr, la solution de cette contradiction se trouve dans le mécanisme de répartition des pouvoirs législatifs, mais ceci ne découle en rien du préambule et se fonde plutôt sur l'énoncé même du texte formel de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique.

Il n'y a pas ni ne peut y avoir de régime fédéral standardisé dont on doive tirer des conclusions particulières.

On a parlé plus tôt de ce qu'on appelle les caractéristiques unitaires du fédéralisme canadien qui permettent de le distinguer de celui de l'Australie et des États-Unis. La répartition des pouvoirs législatifs diffère tout comme les institutions qui les exercent. Les provinces qui s'opposent à la proposition fédérale invitent cette Cour à déclarer que juridiquement la répartition interne des pouvoirs législatifs doit avoir des répercussions externes bien que cette affirmation ne soit aucunement justifiée en droit et que, d'ailleurs, le pouvoir légal existant (comme à l'art. 3 du Statut de Westminster) nie cette prétention des provinces.

Au fond, c'est cette distribution, la répartition du pouvoir législatif entre le Parlement central et les législatures provinciales, que les provinces invoquent pour bloquer l'action fédérale unilatérale visant des modifications de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique qui ont un effet sur le pouvoir législatif provincial, que ce soit en le limitant ou en l'étendant. Le procureur général du Canada a été poussé dans ses derniers retranchements lorsqu'on l'a forcé à répondre par l'affirmative à la question théorique de savoir si, en droit, le gouvernement fédéral pourrait obtenir une modification de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique qui ferait du Canada un état unitaire. Ce n'est pas ce que la présente résolution envisage puisque les caractéristiques fédérales essentielles du pays sont conservées par le projet de loi en question.

On fait valoir que ce n'est pas une raison pour concéder au fédéral le pouvoir unilatéral d'accomplir, par le recours à une loi du Parlement du Royaume-Uni, les fins de la résolution. Toutefois, devant cette situation sans précédent,

il se dégage une constante depuis l'adoption de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique en 1867, le pouvoir du Parlement du Royaume-Uni de le modifier. Aucune loi ne requiert le consentement des provinces à une résolution des chambres fédérales ou à l'exercice par le Royaume-Uni de son pouvoir législatif.

En définitive, la troisième question posée dans les affaires du Manitoba et de Terre-Neuve doit recevoir en droit une réponse négative et la question B doit, du point de vue juridique, recevoir une réponse affirmative.

XIV

Il reste à examiner la question 4 du renvoi de Terre-Neuve. De fait il s'agit de savoir si les cas qu'elle énumère pourraient se produire en vertu de la formule de modification insérée dans le projet de loi annexé à la résolution soumise aux deux chambres fédérales. Comme on l'a déjà dit, le projet de loi a subi quelques changements avant son adoption par les chambres fédérales dont un changement de numérotation de certains articles pertinents à la question 4. Il n'est toutefois pas nécessaire de s'arrêter à ces changements de numérotation puisque le procureur général du Canada est d'accord avec les conclusions de la Cour d'appel de Terre-Neuve sur les trois premières parties de sa réponse à la question et que le procureur général de Terre-Neuve convient avec le procureur général du Canada que la Cour d'appel de Terre-Neuve a commis une erreur dans la quatrième partie de sa réponse à la question. Il est faux de dire qu'en cas de référendum tenu en vertu de l'art. 42 (le numéro d'alors) du projet de loi (maintenant l'art. 46), l'approbation de la majorité des habitants de chaque province est requise.

L'énoncé correct est que, dans ces provinces, il suffirait de l'approbation de la majorité des votants à un référendum auquel les législatures devraient également donner leur approbation en vertu de la formule de modification générale.

Le procureur général du Canada est d'accord avec la Cour d'appel de Terre-Neuve qu'une réponse sans réserve à la question 4 risquerait d'être trompeuse et il a présenté des réponses qu'il considérerait comme meilleures. Puisque, devant cette Cour, le procureur général du Canada et le procureur général de Terre-Neuve se sont entendus pour l'essentiel sur la réponse appropriée à la question 4, il est inutile de s'y arrêter davantage ici. En outre, cela implique une évaluation du texte formel du projet de loi soumis à l'adoption du Parlement du Royaume-Uni; c'est là un exemple des détails que la réponse à la question 1 aurait pu comprendre et sur lesquels, du consentement des procureurs, on a décidé qu'il n'était pas nécessaire d'élaborer. Il est donc inutile de parler plus longuement de la question 4, d'autant plus que cette Cour ne s'occupe pas ici de la sagesse du texte de loi proposé.

XV

Rien dans ces motifs ne doit être interprété comme une approbation ou une condamnation du projet de formule de modification, de la Charte des droits et libertés ou de l'une quelconque des dispositions dont l'adoption est recherchée. Les questions soumises à cette Cour ne requièrent pas qu'elle approuve ou condamne le contenu de ce qu'on a appelé la "proposition globale".

L'élément central ici est l'autorité totale en droit des deux chambres fédérales de mener comme elles le veulent leurs propres procédures et donc d'adopter la résolution qui doit être soumise à Sa Majesté pour que le Parlement du Royaume-Uni y donne suite. Que ce soit par son texte ou par implication, l'Acte de l'Amérique du Nord britannique ne régit pas ce pouvoir ni n'exige qu'il soit assujetti à la sanction provinciale. Le Statut de Westminster ne l'impose pas non plus. Au mieux, il laisse les choses comme elles l'étaient avant son adoption. L'évolution qui a suivi est sans effet sur la situation juridique.

En résumé, les réponses aux questions 1 et 3 communes aux renvois du Manitoba et de Terre-Neuve sont les suivantes:

Question 1: Oui.

Question 3: Du point de vue juridique, non.

La réponse à la question 4 du renvoi de Terre-Neuve est celle exprimée dans les motifs de la Cour d'appel de Terre-Neuve, sous réserve de la correction apportée dans les présents motifs.

Les réponses aux questions du renvoi du Québec sont les suivantes:

Question A (i): Oui.

(ii): Oui.

Question B (i): Du point de vue juridique, oui.

(ii): Du point de vue juridique, oui.

Il n'y aura évidemment aucune adjudication de dépens.

IN THE SUPREME COURT OF CANADA

IN THE MATTER of an Act for expediting
the decision of constitutional and
other provincial questions, being
R.S.M. 1970, c. C-180

AND IN THE MATTER OF a Reference pursuant
thereto by the Lieutenant Governor in Council
to the Court of Appeal for Manitoba for hearing
and consideration, the questions concerning
the amendment of the Constitution of Canada
as set out in Order in Council No. 1020/80

THE ATTORNEY GENERAL OF MANITOBA

(Appellant)

- and -

THE ATTORNEY GENERAL OF QUEBEC
THE ATTORNEY GENERAL OF NOVA SCOTIA
THE ATTORNEY GENERAL OF BRITISH COLUMBIA
THE ATTORNEY GENERAL OF PRINCE EDWARD ISLAND
THE ATTORNEY GENERAL OF SASKATCHEWAN
THE ATTORNEY GENERAL OF ALBERTA
THE ATTORNEY GENERAL OF NEWFOUNDLAND
FOUR NATIONS CONFEDERACY INC.

(Intervenors)

- v -

THE ATTORNEY GENERAL OF CANADA

(Respondent)

- and -

THE ATTORNEY GENERAL OF ONTARIO
THE ATTORNEY GENERAL OF NEW BRUNSWICK

(Intervenors)

IN THE SUPREME COURT OF CANADA

AND IN THE MATTER OF a Reference
to the Court of Appeal of Quebec relative
to a draft Resolution containing a joint
address to Her Majesty The Queen concerning
the Constitution of Canada

THE ATTORNEY GENERAL OF QUEBEC

(Appellant/Respondent)

- and -

THE ATTORNEY GENERAL OF CANADA

(Respondent/Appellant)

- and -

THE ATTORNEY GENERAL FOR MANITOBA
THE ATTORNEY GENERAL OF BRITISH COLUMBIA
THE ATTORNEY GENERAL OF PRINCE EDWARD ISLAND
THE ATTORNEY GENERAL OF ALBERTA
THE ATTORNEY GENERAL OF NOVA SCOTIA
THE ATTORNEY GENERAL OF SASKATCHEWAN
FOUR NATIONS CONFEDERACY INC.

(Intervenors supporting the
Attorney General of Quebec)

- and -

THE ATTORNEY GENERAL OF ONTARIO
THE ATTORNEY GENERAL OF NEW BRUNSWICK

(Intervenors supporting the
Attorney General of Canada)

CORAM: The Chief Justice and Martland, Ritchie, Dickson,
Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard and Lamer JJ.

MARTLAND and RITCHIE JJ.:

These are three appeals from the opinions of
the Courts of Appeal of Manitoba, Newfoundland and Quebec
pronounced in respect of three References to those Courts
concerning the constitutional propriety and lawfulness of
a proposed resolution now before the Senate and House of
Commons of Canada.

IN THE SUPREME COURT OF CANADA

AND IN THE MATTER OF Section 6 of
The Judicature Act, R.S.N. 1970,
C. 187, as amended,

AND IN THE MATTER OF a Reference by
the Lieutenant Governor in Council
concerning the effect and validity
of the amendments to the Constitution
of Canada sought in the 'Proposed
Resolution for a Joint Address to
Her Majesty The Queen respecting the
Constitution of Canada'

THE ATTORNEY GENERAL OF CANADA

(Appellant)

- and -

THE ATTORNEY GENERAL OF ONTARIO
THE ATTORNEY GENERAL OF NEW BRUNSWICK

(Intervenors)

- v -

THE ATTORNEY GENERAL OF NEWFOUNDLAND

(Respondent)

- and -

THE ATTORNEY GENERAL OF QUEBEC
THE ATTORNEY GENERAL OF NOVA SCOTIA
THE ATTORNEY GENERAL OF MANITOBA
THE ATTORNEY GENERAL OF BRITISH COLUMBIA
THE ATTORNEY GENERAL OF PRINCE EDWARD ISLAND
THE ATTORNEY GENERAL OF SASKATCHEWAN
THE ATTORNEY GENERAL OF ALBERTA
FOUR NATIONS CONFEDERACY INC.

(Intervenors)

The Lieutenant Governor in Council of Manitoba referred three questions to the Manitoba Court of Appeal for hearing and consideration by an Order in Council dated October 24, 1980; the questions were:

1. If the amendments to the Constitution of Canada sought in the "Proposed Resolution for a Joint Address to Her Majesty the Queen respecting the Constitution of Canada", or any of them, were enacted, would federal-provincial relationships or the powers, rights or privileges granted or secured by the Constitution of Canada to the provinces, their legislatures or governments be affected and if so, in what respect or respects?
2. Is it a constitutional convention that the House of Commons and Senate of Canada will not request Her Majesty the Queen to lay before the Parliament of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland a measure to amend the Constitution of Canada affecting federal-provincial relationships or the powers, rights or privileges granted or secured by the Constitution of Canada to the provinces, their legislatures or governments without first obtaining the agreement of the provinces?
3. Is the agreement of the provinces of Canada constitutionally required for amendment to the Constitution of Canada where such amendment affects federal-provincial relationships or alters the powers, rights or privileges granted or secured by the Constitution of Canada to the provinces, their legislatures or governments?

The reasons for judgment were delivered by the Manitoba Court of Appeal on February 3, 1981: (1981) 117 D.L.R. (3d) 1; [1981] 2 W.W.R. 193. A majority of the Court refused to answer Question 1 *supra*. Freedman C.J.M. and Matas J.A. held that the question was at that time tentative and premature. Hall J.A. held that Question 1 was not appropriate for a judicial response, and in any event was speculative and premature. Huband and O'Sullivan JJ.A. both held that the question should have been answered in the affirmative.

Freedman C.J.M., Matas, O'Sullivan and Huband JJ.A. answered Question 2 *supra* in the negative. Hall J.A. held that Question 2 was not appropriate for a judicial response.

Question 3 *supra* was answered in the negative by Freedman C.J.M., Hall and Matas JJ.A. O'Sullivan and Huband JJ.A. would have answered Question 3 in the affirmative.

By Order in Council dated December 5, 1980, the Lieutenant Governor in Council of Newfoundland referred four questions to the Newfoundland Court of Appeal for hearing and consideration. The first three questions asked were the same as those in the Manitoba Reference. Question 4 was as follows:

4. If Part V of the proposed resolution referred to in question 1 is enacted and proclaimed into force could
 - (a) the Terms of Union, including terms 2 and 17 thereof contained in the Schedule to the *British North America Act 1949* (12 - 13 George VI, c. 22 [U.K.]), or
 - (b) section 3 of the *British North America Act, 1871* (34 - 35 Victoria, c. 28 [U.K.])

be amended directly or indirectly pursuant to Part V without the consent of the Government, Legislature or a majority of the people of the Province of Newfoundland voting in a referendum held pursuant to Part V?

The judgment of the unanimous Court was delivered on March 31, 1981: (1981) 82 A.P.R. 503; (1981) 29 Nfld. & P.E.I.R. 503. In a joint opinion, Mifflin C.J.N., Morgan and Gushue JJ.A. answered Questions 1, 2 and 3 in the affirmative. Question 4 was answered in the following terms.

- (1) By s. 3 of the *British North America Act, 1871*, Term 2 of the Terms of Union cannot now be changed without the consent of the Newfoundland Legislature.
- (2) By s. 43 of the *Constitution Act*, as it now stands, none of the Terms of Union can be changed without the consent of the Newfoundland Legislative Assembly.

- (3) Both of these sections can be changed by the amending formulae prescribed in s. 41 and the Terms of Union could then be changed without the consent of the Newfoundland Legislature.
- (4) If the amending formula under s. 42 is utilized, both of these sections can be changed by a referendum held pursuant to the provisions of s. 42. In this event, the Terms of Union could then be changed without the consent of the Newfoundland Legislature, but not without the consent of the majority of the Newfoundland people voting in a referendum.

By Order in Council dated December 17, 1980, the Government of Quebec submitted to the Quebec Court of Appeal two questions, each containing two sub-questions. The following is the English translation of the questions submitted:

- A) If the Canada Act and the Constitution Act 1981 should come into force and if they should be valid in all respects in Canada would they affect:
 - (i) the legislative competence of the provincial legislatures in virtue of the Canadian Constitution?
 - (ii) the status or role of the provincial legislatures or governments within the Canadian Federation?
- B) Does the Canadian Constitution empower, whether by statute, convention or otherwise, the Senate and the House of Commons of Canada to cause the Canadian Constitution to be amended without the consent of the provinces and in spite of the objection of several of them, in such a manner as to affect:
 - (i) the legislative competence of the provincial legislatures in virtue of the Canadian Constitution?
 - (ii) the status or role of the provincial legislatures or governments within the Canadian Federation?

The judgment of the Quebec Court of Appeal was delivered on April 15, 1981. Crete C.J.Q., Owen, Turgeon and Belanger JJ.A. answered both questions in the affirmative. Bisson J.A., dissenting, would have answered Question A in the affirmative and Question B in the negative.

Each of these judgments was appealed to this Court as of right. Argument was heard in this Court from the attorneys general of all ten provinces, the Attorney General of Canada, and the Four Nations Confederacy Inc. Argument was heard on each appeal, but the appeals were heard consecutively.

The *Canada Act* and the *Constitution Act, 1981*, referred to in the Quebec Reference, are the subjects of a resolution now before the Senate and House of Commons of Canada. That Resolution states:

THAT, WHEREAS in the past certain amendments to the Constitution of Canada have been made by the Parliament of the United Kingdom at the request and with the consent of Canada;

AND WHEREAS it is in accord with the status of Canada as an independent state that Canadians are able to amend their Constitution in Canada in all respects;

AND WHEREAS it is also desirable to provide in the Constitution of Canada for the recognition of certain fundamental rights and freedoms and to make other amendments to that Constitution;

A respectful address be presented to Her Majesty the Queen in the following words:

To the Queen's Most Excellent Majesty:
Most Gracious Sovereign:

We, Your Majesty's loyal subjects, the House of Commons of Canada in Parliament assembled, respectfully approach Your Majesty, requesting that you may graciously be pleased to cause to be laid before the Parliament of the United Kingdom a measure containing the recitals and clauses hereinafter set forth:

The recitals and clauses referred to in the resolution set forth the *Canada Act* and the *Constitution Act, 1981*. The *Canada Act* recites the request and consent

of the Senate and House of Commons to the measure, enacts the *Constitution Act, 1981*, and declares that no Act of the Parliament of the United Kingdom passed after the *Constitution Act, 1981*, shall form part of the laws of Canada.

The *Constitution Act, 1981*, if validly enacted, would effect two major changes to the existing constitution of Canada. Part I of the Act contains a Charter of Rights and Freedoms which would bind both the Provincial and Federal legislatures. Parts IV and V of the Act contain elaborate provisions for all future amendments to the Canadian constitution.

It is now conceded that the answer to the first question in the Manitoba and Newfoundland References and to questions A(i) and (ii) of the Quebec Reference should be in the affirmative. The second question in the Manitoba and Newfoundland References has been dealt with in a separate judgment to which we are parties. We agree with the disposition of the fourth question in the Newfoundland Reference proposed in the reasons for judgment of the other members of the Court which deal with that matter.

The third question in the Manitoba and the Newfoundland References asks whether the agreement of the provinces of Canada is "constitutionally required" for amendment to the Constitution of Canada where such amendment affects federal provincial relationships or alters the powers, rights or privileges granted or secured by the Constitution of Canada to the provinces, their legislatures or governments. If the second question is answered in the affirmative, then it is recognized that a constitutional convention exists that the House of Commons and the Senate will not request an amendment of the B.N.A. Act of the kind contemplated in Question 2 without first obtaining the agreement of the provinces. If that is so, then the agreement of the provinces is constitutionally required for such an amendment and the answer to Question 3 should be in the affirmative and, in our opinion, that answer should be given.

However, there is a further issue which requires consideration in that in the Courts below and in the arguments submitted by counsel before this Court, the answer to Question 3 was debated as though the words "constitutionally required" were to be considered as meaning "legally required".

In the Quebec Reference the question is phrased differently in Question B. What is asked is whether the Senate and the House of Commons are empowered by the Canadian Constitution, whether by statute, convention or otherwise, to cause the Canadian Constitution to be amended without the consent of the provinces, and in spite of the objection of several of them, in such a manner as to affect the legislative competence of Provincial Legislatures, or the status or role of provincial legislatures or governments within the Canadian Federation.

We were not referred to any statute which confers such a power. The answer to Question 2, if answered in the affirmative, denies that such a power exists by convention. The remaining issue is whether such a power has been conferred on the two Houses otherwise than by statute or convention.

We think Question B of the Quebec Reference more clearly raises the legal issue than does Question 3 in the other two References and we shall deal with that issue in these reasons.

At the outset, we would point out that we are not concerned with the matter of legality or illegality in the sense of determining whether or not the passage of the resolution under consideration involves a breach of the law. The issue is as to the existence of a power to do that which is proposed to be done. The question is whether it is *intra vires* of the Senate and the House of Commons to cause the proposed amendments to the B.N.A. Act to be made by the Imperial Parliament by means of the resolution now before the Court, in the absence of provincial agreement.

This issue is unique because in the 114 years since Confederation the Senate and House of Commons of Canada have

never sought, without the consent of the Provinces, to obtain such an amendment nor, apparently, has that possibility ever been contemplated.

The *British North America Act, 1867* (herein the B.N.A. Act) commences with the following significant recitals:

WHEREAS the Provinces of Canada, Nova Scotia and New Brunswick have expressed their Desire to be federally united into One Dominion under the Crown of the United Kingdom of Great Britain and Ireland, with a Constitution similar in Principle to that of the United Kingdom:

And whereas such a Union should conduce to the Welfare of the Provinces and promote the Interests of the British Empire:

And whereas on the Establishment of the Union by Authority of Parliament it is expedient, not only that the Constitution of the Legislative Authority in the Dominion be provided for, but also that the Nature of the Executive Government therein be declared:

And whereas it is expedient that Provision be made for the eventual Admission into the Union of other Parts of British North America:

The first recital makes it clear that this statute was passed at the behest of the named provinces and that what was sought was a federal union. The second recital states that such union would "conduce to the Welfare of the Provinces".

Parts I - V of the B.N.A. Act provide for the establishment of the Union by Proclamation, and for the vesting of executive and legislative authority in Her Majesty the Queen and Her representatives, and in the Parliament of Canada and the Legislatures of the Provinces. Part VI deals with the distribution of legislative powers. The opening words of s. 91 and s. 92 bear reproduction; they provide:

91. It shall be lawful for the Queen, by and with the Advice and Consent of the Senate and House of Commons, to make Laws for the Peace, Order

and good Government of Canada, in relation to all Matters not coming within the Classes of Subjects by this Act assigned exclusively to the Legislatures of the Provinces; and for greater Certainty, but not so as to restrict the Generality of the foregoing Terms of this Section, it is hereby declared that (notwithstanding anything in this Act) the exclusive Legislative Authority of the Parliament of Canada extends to all Matters coming within the Classes of Subjects next herein-after enumerated; that is to say, -

92. In each Province the Legislature may exclusively make Laws in relation to Matters coming within the Classes of Subjects next herein-after enumerated; that is to say, -

Section 93 gave exclusive power to the provinces to make laws in relation to education, subject to certain protective provisions in respect of denominational and separate schools.

Section 95 gave concurrent legislative power to the Provincial Legislatures and to the Parliament of Canada with respect to agriculture and immigration, but provincial legislation was to be effective only so long as it was not repugnant to an Act of the Canadian Parliament.

Part VII of the B.N.A. Act dealt with Judicature.

Part VIII dealt with revenues, debts and taxation.

Section 109 provided that all lands, mines, minerals and royalties belonging to the several provinces of Canada, Nova Scotia and New Brunswick should belong to the several provinces of Ontario, Quebec, Nova Scotia and New Brunswick in which the same were situate.

Part IX is entitled "Miscellaneous Provisions".

Section 129 continued all laws in effect in Canada, Nova Scotia and New Brunswick in effect at the Union, subject, except as to Acts of the Parliament of Great Britain, to repeal, abolition or alteration by the Parliament of Canada or a Provincial Legislature according to their authority under the B.N.A. Act.

Part X dealt with the Intercolonial Railway.

Part XI is concerned with the admission of other colonies. Section 146 provided:

146. It shall be lawful for the Queen, by and with the Advice of Her Majesty's Most Honourable Privy Council, on Addresses from the Houses of the Parliament of Canada, and from the Houses of the respective Legislatures of the Colonies or Provinces of Newfoundland, Prince Edward Island, and British Columbia, to admit those Colonies or Provinces, or any of them, into the Union, and on Address from the Houses of the Parliament of Canada to admit Rupert's Land and the North-western Territory, or either of them, into the Union, on such Terms and Conditions in each Case as are in the Addresses expressed and as the Queen thinks fit to approve, subject to the Provisions of this Act; and the Provisions of any Order in Council in that Behalf shall have effect as if they had been enacted by the Parliament of the United Kingdom of Great Britain and Ireland.

This Act became the Constitution of Canada. It created a federal union of provinces and it carefully defined the respective spheres of the Canadian Parliament and the Provincial Legislatures in matters of legislative jurisdiction and property rights.

The status of the provinces under the Constitution was determined by the Privy Council in two important cases which arose not long after the enactment of the B.N.A. Act.

It was contended in *Hodge v. The Queen*, [1883-84] 9 A.C. 117 that a Provincial Legislature could not delegate its legislative powers to License Commissioners, for it was itself merely a delegate of the Imperial Parliament. The Judicial Committee of the Privy Council rejected this argument in the following terms, at p. 132:

It appears to their Lordships, however, that the objection thus raised by the appellants is founded on an entire misconception of the true character and position of the provincial legislatures. They are in no sense delegates of or

acting under any mandate from the Imperial Parliament. When the British North America Act enacted that there should be a legislature for Ontario, and that its legislative assembly should have exclusive authority to make laws for the Province and for provincial purposes in relation to the matters enumerated in sect. 92, it conferred powers not in any sense to be exercised by delegation from or as agents of the Imperial Parliament, but authority as plenary and as ample within the limits prescribed by sect. 92 as the Imperial Parliament in the plenitude of its power possessed and could bestow. Within these limits of subjects and area the local legislature is supreme, and has the same authority as the Imperial Parliament, or the Parliament of the Dominion, would have had under like circumstances to confide to a municipal institution or body of its own creation authority to make by-laws or resolutions as to subjects specified in the enactment, and with the object of carrying the enactment into operation and effect.

In Liquidators of the Maritime Bank v. Receiver-General of New Brunswick, [1892] A.C. 437 it was argued that the Province enjoyed no part of the Crown prerogative, and accordingly the Province of New Brunswick could not claim priority in respect of the Bank's assets for a debt owed to the Province. The argument also involved the proposition that the federal government did not share this constitutional incompetence. At p. 438, counsel contended:

The prerogative rights of the Crown cannot be invoked and exercised by the provincial government, as distinguished from the Dominion Government. There is no section in the British North America Act of 1867 which gives this Crown right to the province. Accordingly, if the province possesses that right it must be on the general principle that the Lieutenant-Governor is entitled to exercise the prerogative of the Crown. But the effect of the Act of 1867 is that the Dominion Government represents the four provinces existing at the time of the Union and other provinces which were thereafter to be constituted; and, consequently, the direct connection between the Crown and the provinces has ceased. The Governor-General of Canada is the real representative of the Crown as the Dominion is at present constituted; and the Lieutenant-Governor

of each province is not. Certain portions of prerogative are given to the Lieutenant-Governors, and that is inconsistent with their representing the Crown entirely. Otherwise, if the Dominion and the provinces both possess full prerogative rights you might have the Crown as representing the one contending with the Crown as representing the other.

Lord Watson spoke for the Judicial Committee and, at p. 441, had this to say:

... They maintained that the effect of the statute has been to sever all connections between the Crown and the provinces; to make the government of the Dominion the only government of Her Majesty in North America; and to reduce the provinces to the rank of independent municipal institutions. For these propositions, which contain the sum and substance of the arguments addressed to them in support of this appeal, their Lordships have been unable to find either principle or authority.

Their Lordships do not think it necessary to examine, in minute detail, the provisions of the Act of 1867, which nowhere profess to curtail in any respect the rights and privileges of the Crown, or to disturb the relations then subsisting between the Sovereign and the provinces. The object of the Act was neither to weld the provinces into one, nor to subordinate provincial governments to a central authority, but to create a federal government in which they should all be represented, entrusted with the exclusive administration of affairs in which they had a common interest, each province retaining its independence and autonomy. That object was accomplished by distributing, between the Dominion and the provinces, all powers executive and legislative, and all public property and revenues which had previously belonged to the provinces; so that the Dominion Government should be vested with such of these powers, property, and revenues as were necessary for the due performance of its constitutional functions, and that the remainder should be retained by the provinces for the purposes of provincial government. But, in so far as regards those matters which, by sect. 92, are specially reserved for provincial legislation, the legislation of each province continues to be free from the control of the Dominion, and as supreme as it was before the passing of the Act.

After quoting from the *Hodge* case included in the passage cited above, he continued:

It is clear, therefore, that the provincial legislature of New Brunswick does not occupy the subordinate position which was ascribed to it in the argument of the appellants. It derives no authority from the Government of Canada, and its status is in no way analogous to that of a municipal institution, which is an authority constituted for purposes of local administration. It possesses powers, not of administration merely, but of legislation, in the strictest sense of that word; and, within the limits assigned by sect. 92 of the Act of 1867, these powers are exclusive and supreme. It would require very express language, such as is not to be found in the Act of 1867, to warrant the inference that the Imperial Legislature meant to vest in the provinces of Canada the right of exercising supreme legislative powers in which the British Sovereign was to have no share.

It was later established that the federal distribution of powers embraces not only legislative but also executive powers: *Bonanza Creek Gold Mining Co. v. The King*, [1916] 1 A.C. 566 at 580, per Lord Haldane. At p. 581 he said, referring to the *Maritime Bank (supra)* case:

... It was there laid down that "the act of the Governor-General and his Council in making the appointments is, within the meaning of the statute, the act of the Crown; and a Lieutenant-Governor, when appointed, is as much the representative of Her Majesty for all purposes of provincial government as the Governor-General himself is for all purposes of Dominion government."

The assignment of powers by the Act to the Parliament of Canada and to the Provincial Legislatures covered the whole area of self government. This was recognized by the Privy Council in *Attorney General for Ontario v. Attorney General for Canada*, [1912] A.C. 571 at 581:

In 1867 the desire of Canada for a definite Constitution embracing the entire Dominion was embodied in the British North America Act. Now, there can be no doubt that under this organic instrument the powers distributed between the Dominion on the one hand and the provinces on the other hand cover the whole area of self-government within the whole area of Canada. It would be subversive of the entire scheme and policy of the Act to assume that any point of internal self-government was withheld from Canada.

In *Murphy v. Canadian Pacific Railway Company*,

[1958] S.C.R. 626, at 643 Rand J. stated:

... It has become a truism that the totality of effective legislative power is conferred by the Act of 1867, subject always to the express or necessarily implied limitation of the Act itself.

The foregoing review shows that the enactment of the B.N.A. Act created a federal constitution of Canada which confided the whole area of self government within Canada to the Parliament of Canada and the Provincial Legislatures each being supreme within its own defined sphere and area. It can fairly be said, therefore, that the dominant principle of Canadian constitutional law is federalism. The implications of that principle are clear. Each level of government should not be permitted to encroach on the other, either directly or indirectly. The political compromise achieved as a result of the Quebec and London Conferences preceding the passage of the B.N.A. Act would be dissolved unless there were substantive and effective limits on unconstitutional action.

The B.N.A. Act did not make any specific provision as to the means of determining the constitutionality of any federal or provincial legislation. That task has been assumed and performed by the courts, with supreme authority initially

resting with the Judicial Committee of the Privy Council and, since, 1949, with this Court.

In performing this function, the courts, in addition to dealing with cases involving alleged excesses of legislative jurisdiction, have had occasion to develop legal principles based on the necessity of preserving the integrity of the federal structure. We will be dealing with these later in this judgment. We will, however, at this point cite one instance of the performance of this task in the following case by the Privy Council.

In *Attorney General for Canada v. Attorney General for Ontario*, [1937] A.C. 326 (the *Labour Conventions* case) the issue was as to the constitutional validity of three federal statutes enacted in 1935 dealing with labour matters, such as weekly rest in industrial undertakings, hours of work and minimum wages. In substance, they gave effect to draft conventions adopted by the International Labour Organization of the League of Nations in accordance with the Labour Pact of the Treaty of Versailles, 1919, ratified by Canada. For the Attorney General for Canada it was argued that the legislation was valid because it was for the purpose of performing Canadian treaty obligations. For the Province it was contended that the statutes related to property and civil rights in the Province.

The argument made on behalf of the Attorney General for Canada, as reported at p. 330, was very similar to the submissions made for the Attorney General of Canada in this case:

... By the transference of the treaty-making power to the Dominion executive, and correlative power to legislate to carry out the obligations, nothing is taken from the Provinces.

[Lord Atkin. The Dominion has not got unlimited powers of legislation.]

The residuary clause of s. 91 of the British North America Act is capable of the construction, which is not inconsistent with decided cases, that where Canada has properly incurred an international obligation with respect to any matter whatsoever, that within whatever classes in ss. 91 and 92 it may be described as coming under other circumstances, once the matter has assumed the aspect of an international bargain it is no longer to be treated as belonging to any one of the enumerated classes.

[Lord Atkin. That is a very far-reaching doctrine: it means that Canada could make an agreement with any State which would seriously affect Provincial rights.]

It is a power which cannot be exercised by Canada alone; some other country must be found which is willing to enter into a bargain. This matter must not be looked at as though Canada is going to look about the world to find some one with whom to make an agreement for the purpose of robbing the Provinces of their constitutional rights. But, logically, it must be admitted that whatever Canada and such other country agree to can be effected by Canada.

This argument was rejected not only on the basis that there was no support for it in the constitution itself, but also because of its incompatibility with the federal structure of government in Canada. At pp. 351-53, Lord Atkin said:

For the purposes of ss. 91 and 92, i.e., the distribution of legislative powers between the Dominion and the Provinces, there is no such thing as treaty legislation as such. The distribution is based on classes of subjects; and as a treaty deals with a particular class of subjects so will the legislative power of performing it be ascertained. No one can doubt that this distribution is one of the most essential conditions, probably the most essential condition, in the interprovincial compact to which the British North America Act gives effect. If the position of Lower Canada, now Quebec, alone were considered, the existence of her separate jurisprudence as to both property and civil rights might be said to depend upon loyal adherence to her constitutional right to the exclusive competence of her own Legislature in these matters. Nor is it of less importance for the other Provinces, though their law may be based on English jurisprudence, to preserve their own right to legislate for themselves in respect of local conditions which may vary by as great a distance as separates the Atlantic from the Pacific. It would be remarkable that while the Dominion could not initiate legislation, however desirable, which affected civil rights in the Provinces, yet its Government not responsible to the Provinces nor

controlled by Provincial Parliaments need only agree with a foreign country to enact such legislation, and its Parliament would be forthwith clothed with authority to affect Provincial rights to the full extent of such agreement. Such a result would appear to undermine the constitutional safeguards of Provincial constitutional autonomy.

It follows from what has been said that no further legislative competence is obtained by the Dominion from its accession to international status, and the consequent increase in the scope of its executive functions. It is true, as pointed out in the judgment of the Chief Justice, that as the executive is now clothed with the powers of making treaties so the Parliament of Canada, to which the executive is responsible, has imposed upon it responsibilities in connection with such treaties, for if it were to disapprove of them they would either not be made or the Ministers would meet their constitutional fate. But this is true of all executive functions in their relation to Parliament. There is no existing constitutional ground for stretching the competence of the Dominion Parliament so that it becomes enlarged to keep pace with enlarged functions of the Dominion executive. If the new functions affect the classes of subjects enumerated in s. 92 legislation to support the new functions is in the competence of the Provincial Legislatures only. If they do not, the competence of the Dominion Legislature is declared by s. 91 and existed ab origine. In other words, the Dominion cannot, merely by making promises to foreign countries, clothe itself with legislative authority inconsistent with the constitution which gave it birth.

There are several features of the *Labour Conventions* case which require emphasis. The federal government was in that case asserting the right to enact legislation which was within provincial authority in order to carry out the treaty obligations which it had assumed. No question was raised as to the validity of the federal government's authority to negotiate and ratify international treaties. What was held unconstitutional by the Privy Council was the use of that lawful procedure to legislate indirectly beyond the powers invested in the federal parliament by s. 91 of the B.N.A. Act.

In these appeals this Court is equally concerned with the exercise of a valid power, namely, the power of the

federal Houses of Parliament to pass resolutions requesting amendments to the B.N.A. Act. That power has historic foundation, but we note that it has never before been exercised for the purpose of curtailing provincial legislative authority without provincial consent. In the context of the *Labour Conventions* case, the issue in these appeals is whether the established incompetence of the federal government to encroach on provincial powers can be avoided through the use of the resolution procedure to effect a constitutional amendment passed at the behest of the federal government by the Parliament of the United Kingdom.

The only provisions of the B.N.A. Act dealing with amendments to the constitution are as follows. Head 1 of s. 92 empowered a Provincial Legislature to make laws in relation to:

1. The Amendment from Time to Time, notwithstanding anything in this Act, of the Constitution of the Province, except as regards the Office of Lieutenant Governor.

Section 146, already cited, made provision for the admission of other colonies and territories into the Union.

By an amendment made in 1949 to s. 91 of the B.N.A. Act, a limited power of amendment was given to the Federal Parliament. Head 1 of s. 91 enabled it to legislate in relation to:

1. The amendment from time to time of the Constitution of Canada, except as regards matters coming within the classes of subjects by this Act assigned exclusively to the Legislatures of the provinces, or as regards rights or privileges by this or any other Constitutional Act granted or secured to the Legislature or the Government of a province, or to any class of persons with respect to schools or as regards the use of the English or the French language or as regards the requirements that there shall be a session of the Parliament of Canada at least once each year, and that no House of

Commons shall continue for more than five years from the day of the return of the Writs for choosing the House: provided, however, that a House of Commons may in time of real or apprehended war, invasion or insurrection be continued by the Parliament of Canada if such continuation is not opposed by the votes of more than one-third of the members of such House.

This provision specifically excepted from its operation, *inter alia*, matters coming within the classes of subjects assigned exclusively to the Provinces. The scope of s. 91.1 was considered by this Court in *Re: Authority of Parliament in Relation to the Upper House*, [1980] 1 S.C.R. 54 (herein the Senate Reference). In that case, this Court unanimously held that the federal government could not, acting under s. 91.1, abolish the Senate. The term "Constitution of Canada" found in s. 91.1 was held in its context to refer only to the federal juristic unit. It is significant that when, as recently as 1949, the Houses of Parliament sought and obtained a provision permitting the Federal Parliament to amend the constitution by legislation, specific provision was made to ensure that this power was not capable of implying any right to interfere with those powers assigned to the Provinces by the B.N.A. Act.

Because the Canadian Constitution was created by the B.N.A. Act in the form of an Imperial statute, it followed that in the absence of a provision for amendment within it, its amendment could only be effected by the enactment of an Imperial statute. Over the years many amendments have occurred in this way. The practice has developed, since 1895, to have the formal approach to the Imperial Parliament made by means of a joint address of both Houses of Parliament. This form of procedure had been followed earlier in respect of amendments to the *Act of Union, 1840*. It is also the procedure spelled out in s. 146 of the B.N.A. Act as the means of approach to the Queen, acting on the advice of her Privy Council for the admission of existing colonies, or territories, into the Union.

The record of constitutional amendments passed since 1867 by the Imperial Parliament is contained in the Favreau White Paper of 1965, issued by the federal government, and approved by the provincial governments. It was cited by this Court in the Senate Reference. Many of these amendments concerned mere formalities, such as the postponement of redistribution of seats in the House of Commons in 1916 and 1943 to await the cessation of hostilities. Those amendments which were important in relation to the proper procedure for amendment were discussed in that Paper, and we think they bear repetition in full:

(1) *The British North America Act of 1871 -*

(Establishment of new provinces and administration of territories)

Because this was the first attempt by Canada to have the Constitution amended, there were no precedents for the government of the day to follow. It requested the amendment from the British Parliament without reference to the Parliament of Canada, and the latter took strong exception. The opposition in Parliament condemned the government for its failure to secure prior approval of Canada's legislative authority. The government agreed that such matters should be referred to Parliament, and the House of Commons unanimously adopted a resolution stating that "... no changes in the provisions of the British North America Act (would) be sought by the Executive Government without the previous assent of the Parliament of this Dominion". A few days later, the government brought down a joint Address, which was concurred in by both Houses of Parliament, and which formed the basis upon which the amendment was finally passed by the British Parliament.

(2) *The Parliament of Canada Act, 1875 -*

(Privileges, immunities and powers of the House of Parliament)

Notwithstanding the principle it had pressed for, and had had unanimously adopted by Parliament four years earlier when it was in opposition, the Canadian government of the day requested this amendment without "previous assent" or formal Address by Parliament.

Objections again were raised in the House of Commons and a resolution similar to that of 1871 was introduced. After debate, the government conceded the propriety of the principle it had originally espoused: of referring proposed constitutional amendments to Parliament. The new resolution was withdrawn when the government agreed that a joint Address by both Houses of Parliament was the only appropriate way of securing amendments to the Constitution.

(3) *The British North America Act of 1886 -*

(Representation of territories in Parliament)

The Canadian government submitted its request for this amendment to Westminster on the basis of a formal Address by both Houses of Parliament. With one exception, this principle has been followed by every Canadian government since that time. The exception was the enactment in 1895 by the United Kingdom Parliament of the Canadian Speaker (Appointment of Deputy) Act, which was allowed without protest by the Canadian Parliament because of particular circumstances.

(4) *The British North America Act of 1907 -*

(Subsidies to provinces)

This was the first occasion on which the federal government consulted with the provinces before seeking a constitutional amendment. In this case, all nine of the provinces in existence were directly concerned with the amendment. All were consulted and eight of the nine provincial governments agreed to the federal proposal. One province opposed the proposal, both in Canada and in Great Britain. The British government made minor changes in the text of the draft bill, and the amendment was enacted.

(5) *The British North America Act of 1915 -*

(Redefinition of divisions of the Senate)

This amendment was passed without consultation with the provinces and without provincial government representations concerning its enactment. This amendment is important to Canadian constitutional development in that it was put forward in the form of a Canadian draft bill, embodied in the Address to the Crown and enacted without modification by the British Parliament.

(6) *The British North America Act of 1930 -*

(Jurisdiction of Western provinces over their natural resources)

This was the first application for a constitutional amendment relating to a provincial field that did not directly concern all provinces. It was obtained by

the federal government after consultation with only those provinces directly affected except in one province where a resolution was adopted by the legislature after the Premier had already expressed the consent of his government to the amendment.

(7) *The British North America Act of 1940 -*

(Unemployment Insurance)

This was the first amendment to change the distribution of legislative powers between Parliament and the provinces, as provided in the 1867 Constitution. It transferred the authority to legislate on unemployment insurance from provincial to federal jurisdiction. Before seeking this amendment, the federal government obtained the consent of all provincial governments. In this, as in previous cases of provincial concurrence, there was no reference of the question by any government to its legislature.

(8) *The British North America Act of 1943 -*

(Postponement of redistribution of seats in the House of Commons)

The federal government did not consult the provinces prior to seeking this amendment, and notwithstanding the protest of one provincial government, the Parliament of the United Kingdom granted it. The position of the federal government was that this amendment concerned only the Government of Canada, since it did not affect provincial governments or legislatures.

(9) *The British North America Act of 1946 -*

(Readjustment of representation in the House of Commons)

The federal government sought this amendment on the same basis as that of 1943 - that is, without provincial consultations - and for the same reasons.

(10) *The British North America Act of 1949 -*

(Entry of Newfoundland into Confederation)

A resolution was moved in the House of Commons urging that this amendment not be proceeded with until after consultation with the provincial governments. What the resolution meant by "consultation" was not clear. However, the amendment was enacted without such consultation and without any of the provincial governments formally objecting to its enactment, though one or two provincial governments stated publicly that consultation should have taken place.

(11) *The British North America Act of 1949(2) -*

(Authority of Parliament to amend certain aspects of the Constitution of Canada)

This amendment was obtained without consultation or formal consent of provincial governments, the federal government maintaining the position taken in connection with the 1943 and 1946 amendments. At a federal-provincial constitutional conference the following year, however, the federal government indicated that, in the event of agreement on an overall procedure for amending the Constitution of Canada, it would be prepared to reconsider the broad provisions of this amendment.

(12) *The British North America Act of 1951 -*

(Old Age Pensions)

This amendment was enacted after the federal government secured the agreement of all provinces. In the case of the provinces of Quebec, Saskatchewan and Manitoba, the matter was referred to the legislatures, which authorized the governments of those provinces to agree to the amendment. Other provincial governments gave concurrence on their own authority.

(13) *The British North America Act of 1960 -*

(Tenure of office of certain Judges)

The federal government sought this amendment only after obtaining the agreement of all provinces, since the amendment provided for the compulsory retirement at age 75 of judges of provincial courts. In this instance again Quebec placed the matter before its legislature before agreeing.

(14) *The British North America Act of 1964 -*

(Supplementary benefits to Old Age Pensions)

This amendment was enacted after agreement of all provincial governments, with, in the case of Quebec, the concurrence of the Legislative Assembly. It involved a modification of section 94A created by the 1951 amendment on which prior agreement of all provinces had been obtained.

The Favreau White Paper goes on to say:

There have been five instances - in 1907, 1940, 1951, 1960 and 1964 - of federal consultation with all provinces on matters of direct concern to all of them. There has been only one instance up to the present time in which an amendment was sought after consultation with only those provinces directly affected by it. This was the amendment of 1930, which transferred to the Western provinces natural resources that had been under the control of the federal government since their admission to Confederation. There have been ten instances [in 1871, 1875, 1886, 1895, 1915, 1916, 1943, 1946, 1949 and 1949(2)]

of amendments to the Constitution without prior consultation with the provinces on matters that the federal government considered were of exclusive federal concern. In the last four of these, one or two provinces protested that federal-provincial consultations should have taken place prior to action by Parliament.

In no instance has an amendment to the B.N.A. Act been enacted which directly affected federal-provincial relationships in the sense of changing provincial legislative powers, in the absence of federal consultation with and the consent of all the provinces. Notably, this procedure continued to be followed in the four instances which occurred after the enactment of the *Statute of Westminster* (herein the Statute of Westminster).

This history of amendments reveals the operation of constitutional constraints. While the choice of the resolution procedure is itself a matter of internal parliamentary responsibility, the making of the addresses to the Sovereign falls into two areas. Resolutions concerning the federal juristic unit and federal powers were made without reference to any but the members of the federal Houses. Resolutions abridging provincial authority have never been passed without the concurrence of the Provinces. In other words, the normal constitutional principles recognizing the inviolability of separate and exclusive legislative powers were carried into and considered an integral part of the operation of the resolution procedure.

The history of constitutional amendments also parallels the development of Canadian sovereignty. The B.N.A. Act did not have among its purposes the severance of Canada from the British Commonwealth. However, the vital role of Canadian consent as an expression of Canadian sovereignty is revealed in the fact that no constitutional amendment has been passed without that consent.

The Statute of Westminster was enacted following two Imperial Conferences held in 1926 and 1930, attended by representatives of the United Kingdom, Canada, Australia, New Zealand, South Africa, the Irish Free State and Newfoundland. At the earlier conference, the established constitutional position was stated in a form which has come to be called the "Balfour Declaration":

They are autonomous communities within the British Empire, equal in status, in no way subordinate one to another in any aspect of their domestic or external affairs, though united by a common allegiance to the Crown, and freely associated as members of the British Commonwealth.

The Statute of Westminster was enacted to give effect in the law of the United Kingdom to the established fact of sovereign status of the communities within the British Empire.

The following provisions of the Statute were referred to in argument before us:

2. (1) The Colonial Laws Validity Act, 1865, shall not apply to any law made after the commencement of this Act by the Parliament of a Dominion.

(2) No law and no provision of any law made after the commencement of this Act by the Parliament of a Dominion shall be void or inoperative on the ground that it is repugnant to the law of England, or to the provisions of any existing or future Act of Parliament of the United Kingdom, or to any order, rule, or regulation made under any such Act, and the powers of the Parliament of a Dominion shall include the power to repeal or amend any such Act, order, rule or regulation in so far as the same is part of the law of the Dominion.

3. It is hereby declared and enacted that the Parliament of a Dominion has full power to make laws having extra-territorial operation.

4. No Act of Parliament of the United Kingdom passed after the commencement of this Act shall extend or be deemed to extend, to a Dominion as part of the law of that Dominion, unless it is expressly declared in that Act that that Dominion has requested, and consented to, the enactment thereof.

. . .

7. (1) Nothing in this Act shall be deemed to apply to the repeal, amendment or alteration of the British North America Acts, 1867 to 1930, or any order, rule or regulation made thereunder.

(2) The provisions of section two of this Act shall extend to laws made by any of the Provinces of Canada and to the powers of the legislatures of such Provinces.

(3) The powers conferred by this Act upon the Parliament of Canada or upon the legislatures of the Provinces shall be restricted to the enactment of laws in relation to matters within the competence of the Parliament of Canada or of any of the legislatures of the Provinces respectively.

We do not regard s. 4 as having any real impact on the matter in issue in these appeals. The section uses the word "extend" and we therefore regard the section as meaning that a United Kingdom statute would not, in the absence of the declaration referred to in the section, be a part of the law of any Dominion. It is, however, of interest that each of the amendments made after the Statute of Westminster took effect contains a declaration that the enactment had been requested and consented to by Canada.

Of the Dominions to which the Statute of Westminster applied, all were unitary states except Canada and Australia, and the Australian constitution already contained provision for its amendment.

In relation to Canada, the possible impact of s. 2 was a cause of concern to the Provinces because it could be construed as enabling the Federal Parliament to repeal or amend the B.N.A. Act. The origin of s. 7 was the result of that concern. The Favreau White Paper at pp. 18-19 deals with the history of this section:

On June 30th, 1931, the Right Honourable R. B. Bennett, Prime Minister of Canada, introduced in the House of Commons a resolution for an Address to His Majesty requesting the enactment of the Statute of Westminster. The preamble to the resolution said:

"And whereas consideration has been given by the proper authorities in Canada as to whether and to what extent the principles embodied in the proposed act of the parliament of the United Kingdom should be applied to provincial legislation; and, at a dominion-provincial conference, held at Ottawa on the seventh and eighth days of April, in the year of Our Lord one thousand nine hundred and thirty-one, a clause was approved by the delegates of His Majesty's government in Canada and of the governments of all of the provinces of Canada, for insertion in the proposed act for the purpose of providing that the provisions of the proposed act relating to the Colonial Laws Validity Act should extend to laws made by the provinces of Canada and to the powers of the legislatures of the provinces; and also for the purpose of providing that nothing in the proposed act should be deemed to apply to the repeal, amendment or alteration of the British North America Acts of 1867 to 1930; or any order, rule or regulation made thereunder; and also for the purpose of providing that the powers conferred by the proposed act on the parliament of Canada and upon the legislatures of the provinces should be restricted to the enactment of laws in relation to matters within the competence of the parliament of Canada or any of the legislatures of the provinces respectively."

The Prime Minister explained that the Dominion-Provincial Conference referred to in the preamble had been convened in response to representations by Ontario, subsequently supported by the other provinces. He referred to the apprehension of some of the provinces that under provisions as broad as those to be inserted in the Statute of Westminster, a dominion parliament might encroach upon the jurisdiction of a provincial legislature and exercise powers beyond its competence. He pointed out that "... lest it be concluded by inference that the rights of the provinces as defined by the British North America Act had been by reason of this Statute curtailed, lessened, modified or repealed", a section of the Statute of special application to Canada declared, with the unanimous concurrence of the provinces, that such was not the case.

The Statute of Westminster was passed on December 11, 1931. Earlier that year, Mr. Louis St. Laurent, then President of the Canadian Bar Association, and a distinguished constitutional lawyer, referred in his presidential address, reported in 9 Canadian Bar Review, p. 525, to the resolutions of the House of Commons and the Senate requesting

the enactment of the Statute. This speech was not delivered in a political context. At that time he did not hold any political office. It was some years later that he became a Member of the House of Commons and a Minister of the Crown. The following passage from that speech is relevant to the issue now before the Court:

Now, it may be that while both the Dominion and the Provinces remained subject to the legislative jurisdiction of His Majesty's Parliament of the United Kingdom, that Parliament had, in theory, full power to vary the distribution of legislative jurisdiction between them. But after the declaration of 1926 that both the United Kingdom and the Dominions are autonomous communities equal in status, in no way subordinate one to another in any aspect of their domestic or external affairs, it would hardly seem probable that the Parliament of the United Kingdom would undertake to legislate for the territory of any one of those Dominions, unless it be expressly declared in the Act that that Dominion had requested and consented to the enactment for the proposed legislation. And if the United Kingdom and the Dominions are equal in status and in no way subordinate one to another in any aspect of their domestic or external affairs, does not the provision of section 92 of the Act of 1867, that in each province the legislature may exclusively make laws in relation to the amendment from time to time of its constitution, except as regards the office of Lieutenant-Governor, seem to indicate that the Houses of the Dominion Parliament would have no jurisdiction to request or to consent to enactments that might extend or abridge Provincial legislative autonomy? It is true that one of the proposed sub-sections of the Statute of Westminster is to declare that nothing in that Statute shall be deemed to apply to the repeal, amendment or alteration of the British North America Acts, 1867 to 1930, or any order, rule or regulation made thereunder; but the declaration of the Imperial Conference purports to be a statement of the established constitutional position, and if it is so in fact, is anything further required to make it clear that the constitution of the provinces can be amended or affected only by the provinces themselves?

Section 92 excludes federal jurisdiction over them, and the declaration of 1926 does seem to state a constitutional position that precludes interference with them by any other Parliament to which they are said to be in no way subordinate.

The Statute of Westminster gave statutory recognition to the independent sovereign status of Canada as a nation. However, while Canada, as a nation, was recognized as being sovereign, the government of the nation remained federal in character and the Federal Parliament did not acquire sole control of the exercise of that sovereignty. Section 2 of the Statute of Westminster, standing alone, could be construed as giving that control to the Federal Parliament, but the enactment of s. 7, at the instance of the Provinces, was intended to preclude that exercise of power by the Federal Parliament. Subsection 7(3) in particular gave explicit recognition to the continuation of the division of powers created by the B.N.A. Act. The powers conferred on the Parliament of Canada by the Statute of Westminster were restricted to the enactment of laws in relation to matters within the competence of the Parliament of Canada.

The effect of s. 7(1) was to preserve the Imperial Parliament as the legal instrument for enacting amendments to the B.N.A. Acts, 1867-1930. This clearly had no effect on the existing procedure which had been used to obtain the amendment of the B.N.A. Act. The resolution procedure, which, after 1895, had produced all the constitutional amendments until 1931, has been followed in respect of all the constitutional amendments passed since 1931.

The Attorney General of Canada presented a deceptively simple argument in support of the legality of the resolution at issue in these appeals. It was argued that the resolution is not a law, and therefore not a proper subject for judicial consideration and, further, that the two Houses can legally pass any resolution which they desire. The Imperial parliament has full legal authority to amend the B.N.A. Act by enacting a statute, and its power to do so cannot be questioned. If, therefore, the Imperial Parliament enacts such a statute in response to a resolution of the Senate and the House of Commons, there can be no question of illegality.

However, it was also submitted that while the Imperial Parliament has full legal authority to amend the B.N.A. Act, there exists a "firm and unbending" convention that such an amendment will only be enacted in response to a resolution of the two Houses requesting it, and, further, that it will enact any amendment to the B.N.A. Act which is so requested.

In the result, if this process is examined from the point of view of substance rather than of form, what is being asserted is the existence of a power in the Senate and the House of Commons to cause any amendment to the B.N.A. Act which they desire to be enacted, even though that amendment subtracts, without provincial consent, from the legislative powers of the Provinces granted to them by the B.N.A. Act.

In support of the proposition that resolutions are questions of internal parliamentary procedure and are not proper subjects of judicial consideration, reference was made to two British authors. In his *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (10th ed.), Dicey states at pp. 54-55 that the resolution of neither House is law and each House has complete control over its own proceedings. May's *Parliamentary Practice* (18th ed.) at p. 195 affirms the rule that each House has exclusive jurisdiction over its own internal proceedings.

The English authorities, such as Dicey and May, respecting the power of the Houses of Parliament to pass resolutions, and as to their effect, are related to resolutions of the Houses of Parliament in a unitary state. Under the British constitution, the only limitation on the power of Parliament is that its authority must be expressed in legislation. Any 'constitutional amendment' under the British constitution can be passed by normal legislation. Accordingly, these authorities are of no help in determining the limitations, if any, on the authority of one level of government in a federal state, respecting the use of an accepted amending procedure for the purpose of

abridging the powers of the other legislative level. The resolution under consideration is not a matter of internal procedure. A resolution of the Senate and the House of Commons has become recognized as the means whereby a request is made to the Imperial Parliament for legislation to effect a constitutional amendment.

The power of the Senate and the House of Commons to pass resolutions of any kind, and to use such resolutions for any purpose, was stated by the Attorney General to have been recognized in s. 18 of the B.N.A. Act and s. 4 of the *Senate and House of Commons Act*, R.S.C. 1970, c. S-8. Section 18 of the B.N.A. Act provides:

18. The privileges, immunities, and powers to be held, enjoyed, and exercised by the Senate and by the House of Commons, and by the Members thereof respectively, shall be such as are from time to time defined by Act of the Parliament of Canada, but so that any Act of the Parliament of Canada defining such privileges, immunities, and powers shall not confer any privileges, immunities, or powers exceeding those at the passing of such Act held, enjoyed, and exercised by the Commons House of Parliament of the United Kingdom of Great Britain and Ireland, and by the Members thereof.

Section 18 in its present form was enacted by the *Parliament of Canada Act*, 1875, to replace s. 18 of the B.N.A. Act, 1867. The difference in phraseology of the two sections is not relevant to the matter in issue in these appeals.

Section 18 did not, in itself, create or recognize the existence of the privileges, immunities and powers of the Senate and the House of Commons. It provided that their privileges, immunities and powers should be such as are, from time to time, defined by Act of the Parliament of Canada, subject to the limitation that Parliament could not by statute, give to the Senate or the House of Commons any privileges, immunities or powers which exceeded those enjoyed by the House of Commons

of the United Kingdom Parliament. Parliament could not grant legislative powers to its two Houses. Furthermore, because, unlike the Parliament of the United Kingdom, Parliament's power to legislate was limited in extent, it could not grant to the Senate and the House of Commons powers which it did not itself possess.

In the exercise of the power granted to it by s. 18 of the B.N.A. Act, the Parliament of Canada, in 1868, passed an Act to define the privileges, immunities and powers of the Senate and House of Commons, S.C. 1868, c. 23. Sections 1 and 2 of that Act provided as follows:

1. The Senate and the House of Commons respectively, and the Members thereof respectively, shall hold, enjoy and exercise such and the like privileges, immunities and powers as, at the time of the passing of the *British North America Act, 1867*, were held, enjoyed and exercised by the Commons House of Parliament of the United Kingdom of Great Britain and Ireland, and by the Members thereof, so far as the same are consistent with and not repugnant to the said Act.

2. Such privileges, immunities and powers shall be deemed to be and shall be part of the General and Public Law of Canada, and it shall not be necessary to plead the same, but the same shall in all Courts in Canada and by and before all Judges be taken notice of judicially.

The essential provisions of these two sections were repeated in subsequent legislation. They now appear in sections 4 and 5 of the *Senate and House of Commons Act, R.S.C. 1970, c. S-8*, as follows:

4. The Senate and the Houses of Commons respectively, and the members thereof respectively, hold, enjoy and exercise,

(a) such and the like privileges, immunities and powers as, at the time of the passing of the *British North America Act, 1867*, were held, enjoyed and exercised by the Commons House of Parliament of the United Kingdom, and by the members thereof, so far as the same are consistent with and not repugnant to that Act; and

(b) such privileges, immunities and powers as are from time to time defined by Act of the Parliament of Canada, not exceeding those at the time of the passing of such Act held, enjoyed and exercised by the Commons House of Parliament of the United Kingdom and by the members thereof respectively.

5. Such privileges, immunities and powers are part of the general and public law of Canada, and it is not necessary to plead the same, but the same shall, in all courts in Canada, and by and before all judges, be taken notice of judicially.

Parliament did not confer upon the Senate and the House of Commons all of the privileges, immunities and powers held, enjoyed and exercised by the House of Commons of the United Kingdom, but only conferred them "so far as the same are consistent with and not repugnant to that Act", i.e. the B.N.A. Act, 1867. It thus recognized that some powers enjoyed by the House of Commons of the United Kingdom might not be consistent with the provisions of the B.N.A. Act.

In our opinion this very important proviso took into account the fact that, whereas the House of Commons in the United Kingdom was one of the Houses in the Parliament of a unitary state, the Canadian Senate and House of Commons were Houses in a Parliament in a federal state, whose powers were not all embracing, but were specifically limited by the Act which created it.

In order to pass the resolution now under consideration the Senate and the House of Commons must purport to exercise a power. The source of that power must be found in paragraph 4(a) of the *Senate and House of Commons Act*, since there has been no legislation enacted to date, other than paragraph 4(a) which actually defines the privileges, immunities and powers upon the two Houses of Parliament. The resolution now before us was passed for the purpose of obtaining an amendment to the

B.N.A. Act, the admitted effect of which is to curtail Provincial legislative powers under s. 92 of the B.N.A. Act. In our opinion that power is not consistent with the B.N.A. Act but is repugnant to it. It is a power which is out of harmony with the very basis of the B.N.A. Act. Therefore paragraph (a) of s. 4, because of the limitations which it contains, does not confer that power. The Senate and the House of Commons are purporting to exercise a power which they do not possess.

The effect of the position taken by the Attorney General of Canada is that the two Houses of Parliament have unfettered control of a triggering mechanism by means of which they can cause the B.N.A. Act to be amended in any way they desire. It was frankly conceded in argument that there were no limits of any kind upon the type of amendment that could be made in this fashion. In our opinion, this argument in essence maintains that the Provinces have since, at the latest 1931, owed their continued existence not to their constitutional powers expressed in the B.N.A. Act, but to the Federal Parliament's sufferance. While the Federal Parliament was throughout this period incompetent to legislate in respect of matters assigned to the Provinces by s. 92, its two Houses could at any time have done so by means of a resolution to the Imperial Parliament, procuring an amendment to the B.N.A. Act.

The Attorney General of Canada, in substance, is asserting the existence of a power in the two Houses of Parliament to obtain amendments to the B.N.A. Act which could disturb and even destroy the federal system of constitutional government in Canada. We are not aware of any possible legal source for such a power. The House of Commons and the Senate are part of

the Parliament of Canada. Section 17 of the B.N.A. Act states that there "shall be one Parliament for Canada, consisting of the Queen, an Upper House styled the Senate and the House of Commons". Laws under s. 91 of the B.N.A. Act are enacted by the Queen, with the advice and consent of the Senate and House of Commons. These two constituents of Parliament cannot by themselves enact legislation, nor could Parliament clothe them with powers beyond those possessed by Parliament itself.

The Attorney General of Canada contends that because subs. 7(1) of the Statute left the repeal, amendment or alteration of the *British North America Acts 1867 to 1930* in the hands of the Imperial Parliament, there is nothing to prevent the two Houses of Parliament from requesting that an amendment be made in whatever form they submit. This submission means that the two Houses of Parliament can accomplish, indirectly, through the intervention of the Imperial Parliament, that which the Parliament of Canada itself is unable to do. In our opinion, the two Houses lack legal authority, of their own motion, to obtain constitutional amendments which would strike at the very basis of the Canadian federal system, ie. the complete division of legislative powers between the Parliament of Canada and the Provincial Legislatures. It is the duty of this Court to consider this assertion of rights with a view to the preservation of the Constitution.

This Court, since its inception, has been active in reviewing the constitutionality of both Federal and Provincial legislation. This role has generally been concerned with the interpretation of the express terms of the B.N.A. Act. However, on occasions, this Court has had to consider issues for which the B.N.A. Act offered no answer. In each case, this Court has denied the assertion of any power which would offend against the basic principles of the Constitution.

In *Amax Potash Limited et al v. The Government of Saskatchewan*, [1977] 2 S.C.R. 576 the plaintiff sued for a declaration that certain sections of *The Mineral Taxation Act*, R.S.S. 1965, c. 64, and certain regulations made pursuant to that Act, were *ultra vires* and sought the recovery of moneys paid by way of tax under the regulations. The Government of Saskatchewan disputed the contention that these provisions were *ultra vires*, but also contended that no cause of action was disclosed because subs. 5(7) of *The Proceedings against the Crown Act*, R.S.S. 1965, c. 87, was a bar to the recovery of moneys paid to the Crown. The relevant part of subs. 5(7) provided:

5. (7) No proceedings lie against the Crown under this or any other section of the Act in respect of anything heretofore or hereafter done or omitted and purporting to have been done or omitted in the exercise of a power or authority under a statute or a statutory provision purporting to confer or to have conferred on the Crown such power or authority, which statute or statutory provision is or was or may be beyond the legislative jurisdiction of the Legislature.

In the course of his reasons, Dickson J., who delivered the judgment of the Court, said at p. 590:

A state, it is said, is sovereign and it is not for the Courts to pass upon the policy or wisdom of legislative will. As a broad statement of principle that is undoubtedly correct, but the general principle must yield to the requisites of the constitution in a federal state. By it the bounds of sovereignty are defined and supremacy circumscribed. The Courts will not question the wisdom of enactments which, by the terms of the Canadian Constitution are within the competence of the Legislatures, but it is the high duty of this Court to insure that the Legislatures do not transgress the limits of their constitutional mandate and engage in the illegal exercise of power. Both Saskatchewan and Alberta inform the Court that justice and equity are irrelevant in this case. If injustice results, it is the electorate which must administer a rebuke, and not the Courts. The two Provinces apparently find nothing inconsistent

or repellent in the contention that a subject can be barred from recovery of sums paid to the Crown under protest, in response to the compulsion of the legislation later found to be *ultra vires*.

Section 5(7) of *The Proceedings against the Crown Act*, in my opinion, has much broader implications than mere Crown immunity. In the present context, it directly concerns the right to tax. It affects, therefore, the division of powers under *The British North America Act, 1867*. It also brings into question the right of a Province, or the federal Parliament for that matter, to act in violation of the Canadian Constitution. Since it is manifest that if either the federal Parliament or a provincial Legislature can tax beyond the limit of its powers, and by prior or *ex post facto* legislation give itself immunity from such illegal act, it could readily place itself in the same position as if the act had been done within proper constitutional limits. To allow moneys collected under compulsion, pursuant to an *ultra vires* statute, to be retained would be tantamount to allowing the provincial Legislature to do indirectly what it could not do directly, and by covert means to impose illegal burdens.

In *British Columbia Power Corporation Limited v. British Columbia Electric Company Limited*, [1962] S.C.R. 642 this Court had to decide whether a receivership order could be made to preserve assets pending a decision as to the constitutionality of certain legislation in British Columbia which litigation would determine whether the Crown had title to the common shares of British Columbia Electric Company Limited which the legislation gave to the Crown.

It was contended that a receivership order could not be made by virtue of the Crown's prerogative of immunity. Chief Justice Kerwin, who delivered the judgment of the Court, said at pp. 644-45:

... In a federal system, where legislative authority is divided, as are also the prerogatives of the Crown, as between the Dominion and the Provinces, it is my view that it is not open to the Crown, either in right of Canada or of a Province, to claim a Crown immunity based upon an interest in certain property, where its very interest in that property depends

completely and solely on the validity of the legislation which it has itself passed, if there is a reasonable doubt as to whether such legislation is constitutionally valid. To permit it to do so would be to enable it, by the assertion of rights claimed under legislation which is beyond its powers, to achieve the same results as if the legislation were valid. In a federal system it appears to me that, in such circumstances, the Court has the same jurisdiction to preserve assets whose title is dependent on the validity of the legislation as it has to determine the validity of the legislation itself.

In *The Attorney General of Nova Scotia v. The Attorney General of Canada*, [1951] S.C.R. 31 the Court had to consider the validity of legislation which contemplated a delegation of legislative powers by the Provincial Legislature to the Parliament of Canada, and by Parliament to the Provincial Legislature. Chief Justice Rinfret said, at p. 34:

The constitution of Canada does not belong either to Parliament, or to the Legislatures; it belongs to the country and it is there that the citizens of the country will find the protection of the rights to which they are entitled. It is part of that protection that Parliament can legislate only on the subject matters referred to it by section 91 and that each Province can legislate exclusively on the subject matters referred to it by section 92. The country is entitled to insist that legislation adopted under section 91 should be passed exclusively by the Parliament of Canada in the same way as the people of each Province are entitled to insist that legislation concerning the matters enumerated in section 92 should come exclusively from their respective Legislatures. In each case the Members elected to Parliament or to the Legislatures are the only ones entrusted with the power and the duty to legislate concerning the subjects exclusively distributed by the constitutional Act to each of them.

No power of delegation is expressed either in section 91 or in section 92, nor, indeed, is there to be found the power of accepting delegation from one body to the other; and I have no doubt that if it had been the intention to give such powers it would have been expressed in clear and unequivocal language. Under the scheme of the *British North America Act* there were to be, in the words of Lord Atkin in *The Labour Convention Reference* ([1937] A.C. 326), "water-tight compartments which are an essential part of the original structure".

Neither legislative bodies, federal or provincial, possess any portion of the powers respectively vested in the other and they cannot receive it by delegation. In that connection the word "exclusively" used both in section 91 and in section 92 indicates a settled line of demarcation and it does not belong to either Parliament, or the Legislatures, to confer powers upon the other.

In *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100 the Court considered, *inter alia*, the constitutional validity of *The Accurate News and Information Act* which imposed certain duties of publication upon newspapers published in Alberta. Chief Justice Duff (Davis J. concurring) referred to the right of public discussion and the authority of Parliament to protect that right and said at pp. 133-34:

... That authority rests upon the principle that the powers requisite for the protection of the constitution itself arise by necessary implication from *The British North America Act* as a whole (*Fort Frances Pulp & Paper Co. Ltd. v. Manitoba Free Press Co. Ltd.* [1923] A.C. 695); and since the subject-matter in relation to which the power is exercised is not exclusively a provincial matter, it is necessarily vested in Parliament.

It may be noted that the above instances of judicially developed legal principles and doctrines share several characteristics. First, none is to be found in express provisions of the *British North America Acts* or other constitutional enactments. Second, all have been perceived to represent constitutional requirements that are derived from the federal character of Canada's constitution. Third, they have been accorded full legal force in the sense of being employed to strike down legislative enactments. Fourth, each was judicially developed in response to a particular legislative initiative in respect of which it might have been observed, as it was by Dickson J. in the *Amax (supra)* case at p. 591, that: "There are no Canadian constitutional law precedents addressed directly to the present issue ...".

The cases just considered were all decisions of this Court. We have already referred to the judgment of the Privy Council in the *Labour Conventions* case, which, in our opinion, by analogy, is of considerable assistance in determining the issue before the Court. In that case, the Attorney General of Canada argued that the federal government's power to enter into treaties on behalf of a sovereign Canada enabled the Federal Parliament to legislate pursuant to any treaty obligation. That submission was rejected by the Privy Council which held that the Federal Parliament did not derive further legislative competence because of the accession by Canada to sovereign status. The Federal Parliament was not clothed with additional legislative authority in consequence of the commitments it had made under an international treaty.

The contention of the Attorney General of Canada in the present proceedings is that only the Federal Parliament can speak for Canada as a sovereign state. It is the Houses of Parliament which, alone, under the practice developed in the obtaining of amendments to the B.N.A. Act, can submit a request to the Imperial Parliament to amend the B.N.A. Act, and the Imperial Parliament by a firm and unbending convention must comply with such a request. There is therefore, it is contended, nothing which lawfully precludes the submission to the Imperial Parliament by resolution of both Houses of a request for an amendment to the B.N.A. Act which affects the basic division of legislative powers enshrined in the B.N.A. Act.

In our opinion the accession of Canada to sovereign international status did not enable the Federal Parliament, whose legislative authority is limited to the matters defined

in s. 91 of the B.N.A. Act unilaterally by means of a resolution of its two Houses, to effect an amendment to the B.N.A. Act which would offend against the basic principle of the division of powers created by that Act. The assertion of such a right, which has never before been attempted, is not only contrary to the federal system created by the B.N.A. Act, but also runs counter to the objective sought to be achieved by s. 7 of the Statute of Westminster.

The federal position in these appeals can be summarized in these terms. While the Federal Parliament lacks legal authority to achieve the objectives set out in the Resolution by the enactment of its own legislation, that limitation upon its authority can be evaded by having the legislation enacted by the Imperial Parliament at the behest of a resolution of the two Houses of the Federal Parliament. This is an attempt by the Federal Parliament to accomplish indirectly that which it is legally precluded from doing directly by perverting the recognized resolution method of obtaining constitutional amendments by the Imperial Parliament for an improper purpose. In our opinion, since it is beyond the power of the Federal Parliament to enact such an amendment, it is equally beyond the power of its two Houses to effect such an amendment through the agency of the Imperial Parliament.

We would adopt the views expressed by the Right Honourable Louis St. Laurent, then Prime Minister of Canada, on January 31, 1949, when in the debate on the address he said:

With respect to all matters given by the constitution to the provincial governments, nothing this House could do could take anything away from them. We have no jurisdiction over what has been assigned exclusively to the provinces. We cannot ask that what is not within our jurisdiction be changed. We have jurisdiction over the matters assigned to us and we can ask that the manner of dealing with those matters be changed.
(House of Commons Debates, 1949, vol. 1, at p. 85).

This passage clearly defines the scope of the power of the Federal Parliament to request, on its own motion, amendments to the B.N.A. Act. It is limited to matters which are assigned to the Federal Parliament by the B.N.A. Act.

CONCLUSIONS:

The B.N.A. Act created a federal union. It was of the very essence of the federal nature of the Constitution that the Parliament of Canada and the Provincial Legislatures should have distinct and separate legislative powers. The nature of the legislative powers of the Provinces under s. 92 and the status of the Provincial Legislatures was declared by the Privy Council in the *Hodge (supra)* case and in the *Maritime Bank (supra)* case. We repeat the statement of Lord Watson in the latter case at p. 442:

... The object of the Act was neither to weld the provinces into one, nor to subordinate provincial governments to a central authority, but to create a federal government in which they should all be represented, entrusted with the exclusive administration of affairs in which they had a common interest, each province retaining its independence and autonomy.

The continuation of that basic division of legislative powers was recognized in subs. 7(3) of the Statute of Westminster. The Parliament of Canada has no power to trespass on the area of legislative powers given to the Provincial Legislatures. Section 7 of the Statute was intended to safeguard Provincial legislative powers from possible encroachment by the Federal Parliament as a result of the powers being conferred upon the Parliament of Canada by the Statute.

The fact that the status of Canada became recognized as a sovereign state did not alter its federal nature. It is a sovereign state, but its government is federal in character with

a clear division of legislative powers. The Resolution at issue in these appeals could only be an effective expression of Canadian sovereignty if it had the support of both levels of government.

The two Houses of the Canadian Parliament claim the power unilaterally to effect an amendment to the B.N.A. Act which they desire, including the curtailment of Provincial legislative powers. This strikes at the basis of the whole federal system. It asserts a right by one part of the Canadian governmental system to curtail, without agreement, the powers of the other part.

There is no statutory basis for the exercise of such a power. On the contrary, the powers of the Senate and the House of Commons, given to them by paragraph 4(a) of the *Senate and House of Commons Act*, excluded the power to do anything inconsistent with the B.N.A. Act. The exercise of such a power has no support in constitutional convention. The constitutional convention is entirely to the contrary. We see no other basis for the recognition of the existence of such a power. This being so, it is the proper function of this Court, in its role of protecting and preserving the Canadian Constitution, to declare that no such power exists. We are, therefore, of the opinion that the Canadian Constitution does not empower the Senate and the House of Commons to cause the Canadian Constitution to be amended in respect of Provincial legislative powers without the consent of the Provinces.

Question B in the Quebec Reference raises the issue as to the power of the Senate and the House of Commons of Canada to cause the Canadian Constitution to be amended "without the consent of the provinces and in spite of the objection of several of them". The Attorney General of Saskatchewan when dealing

with Question 3 in the Manitoba and Newfoundland References submitted that it was not necessary in these proceedings for the Court to pronounce on the necessity for the unanimous consent of all the Provinces to the constitutional amendments proposed in the Resolution. It was sufficient, in order to answer the Question, to note the opposition of eight of the provinces which contained a majority of the population of Canada.

We would answer Question B in the negative. We would answer Question 3 of the Manitoba and Newfoundland References in the affirmative without deciding, at this time, whether the agreement referred to in that Question must be unanimous.

COUR SUPRÊME DU CANADA

DANS L'AFFAIRE de la Loi relative à l'expédition
des décisions provinciales d'ordre constitutionnel
et autres, L.R.M. 1970, chap. C-180

DANS L'AFFAIRE d'un Renvoi y relatif par le
lieutenant-gouverneur en conseil à la Cour d'appel
du Manitoba, pour examen et audition, de questions
concernant la modification de la Constitution
du Canada, conformément au décret N° 1020/80

LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU MANITOBA
(Appelant)

- et -

LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU QUÉBEC
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DE L'ÎLE-DU-PRINCE-ÉDOUARD
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DE LA SASKATCHEWAN
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DE L'ALBERTA
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DE TERRE-NEUVE
FOUR NATIONS CONFEDERACY INC.
(Intervenants)

c.

LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA
(Intimé)

- et -

LE PROCUREUR GÉNÉRAL DE L'ONTARIO
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU NOUVEAU-BRUNSWICK
(Intervenants)

DANS L'AFFAIRE de l'article 6 de la Judicature
Act, R.S.N. 1970, chap. 187 et modifications,

ET DANS L'AFFAIRE d'un Renvoi par le lieutenant-
gouverneur en conseil concernant l'effet et la
validité des modifications de la Constitution
du Canada telles que demandées par le "Projet
de résolution portant adresse commune à
Sa Majesté la Reine relativement à la
Constitution du Canada"

LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA
(Appelant)

- et -

LE PROCUREUR GÉNÉRAL DE L'ONTARIO
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU NOUVEAU-BRUNSWICK
(Intervenants)

c.

LE PROCUREUR GÉNÉRAL DE TERRE-NEUVE
(Intimé)

- et -

LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU QUÉBEC
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU MANITOBA
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DE L'ÎLE-DU-PRINCE-ÉDOUARD
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DE LA SASKATCHEWAN
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DE L'ALBERTA
FOUR NATIONS CONFEDERACY INC.
(Intervenants)

ET DANS L'AFFAIRE d'un Renvoi à la Cour d'appel
du Québec relatif à un projet de résolution portant
adresse commune à Sa Majesté la Reine concernant
la Constitution du Canada

LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU QUÉBEC
(Appelant/Intimé)

- et -

LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA
(Intimé/Appelant)

- et -

LE PROCUREUR GÉNÉRAL DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU MANITOBA
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DE L'ÎLE-DU-PRINCE-ÉDOUARD
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DE LA SASKATCHEWAN
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DE L'ALBERTA
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DE TERRE-NEUVE
FOUR NATIONS CONFEDERACY INC.
(Intervenants appuyant le
Procureur général du Québec)

- et -

LE PROCUREUR GÉNÉRAL DE L'ONTARIO
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU NOUVEAU-BRUNSWICK
(Intervenants appuyant le
Procureur général du Canada)

CORAM: Le Juge en chef et les juges Martland, Ritchie,
Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard et Lamer

LES JUGES MARTLAND et RITCHIE

Ces trois appels visent les opinions des cours d'appel du Manitoba, de Terre-Neuve et du Québec qui se sont prononcées dans trois renvois relatifs à la convenance et à la légalité constitutionnelles d'un projet de résolution actuellement devant le Sénat et la Chambre des communes du Canada.

Le lieutenant-gouverneur en conseil du Manitoba a déféré trois questions à la Cour d'appel du Manitoba pour examen et audition par un décret daté du 24 octobre 1980; les voici:

1. L'adoption des modifications ou de certaines des modifications que l'on désire apporter à la Constitution du Canada par le "Projet de résolution portant adresse commune à Sa Majesté la Reine concernant la Constitution du Canada" aurait-elle un effet sur les relations fédérales-provinciales ou sur les pouvoirs, les droits ou les privilèges que la Constitution du Canada accorde ou garantit aux provinces, à leurs législatures ou à leurs gouvernements et, dans l'affirmative, à quel(s) égard(s)?
2. Y a-t-il une convention constitutionnelle aux termes de laquelle la Chambre des communes et le Sénat du Canada ne peuvent, sans le consentement préalable des provinces, demander à Sa Majesté la Reine de déposer devant le Parlement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord un projet de modification de la Constitution du Canada qui a un effet sur les relations fédérales-provinciales ou les pouvoirs, les droits ou les privilèges que la Constitution du Canada accorde ou garantit aux provinces, à leurs législatures ou à leurs gouvernements?

3. Le consentement des provinces est-il constitutionnellement nécessaire pour modifier la Constitution du Canada lorsque cette modification a un effet sur les relations fédérales-provinciales ou altère les pouvoirs, les droits ou les privilèges que la Constitution du Canada accorde ou garantit aux provinces, à leurs législatures ou à leurs gouvernements?

La Cour d'appel du Manitoba a rendu son jugement le 3 février 1981: (1981), 117 D.L.R. (3d) 1; [1981] 2 W.W.R. 193. Une majorité des membres de la Cour a refusé de répondre à la question 1 précitée. Le juge en chef Freedman du Manitoba et le juge Matas ont conclu que la question était alors hypothétique et prématurée. Le juge Hall a conclu que la question 1 ne se prêtait pas à une détermination judiciaire et qu'en tout état de cause elle était théorique et prématurée. Les juges Huband et O'Sullivan ont tous deux conclu que la question devait recevoir une réponse affirmative.

Le juge en chef Freedman du Manitoba et les juges Matas, O'Sullivan et Huband ont répondu à la question 2 précitée par la négative. Le juge Hall a conclu que la question 2 ne se prêtait pas à une détermination judiciaire.

Le juge en chef Freedman du Manitoba et les juges Hall et Matas ont répondu par la négative à la question 3 précitée. Les juges O'Sullivan et Huband y ont répondu par l'affirmative.

Par un décret daté du 5 décembre 1980, le lieutenant-gouverneur en conseil de Terre-Neuve a déféré quatre questions à la Cour d'appel de Terre-Neuve pour examen et audition. Les trois premières questions sont identiques à celles posées dans le renvoi du Manitoba. La question 4 est la suivante:

4. Si la partie V du projet de résolution dont il est fait mention à la question 1 est adoptée et mise en vigueur, est-ce que

- a) les conditions de l'union, dont les conditions 2 et 17 qui se trouvent à l'annexe de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1949 (12-13 George VI, chap. 22 (R.-U.)) ou
- b) l'article 3 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1871 (34-35 Victoria, chap. 28 (R.-U.))

pourraient être modifiées directement ou indirectement en vertu de la partie V, sans le consentement du gouvernement, de la législature ou d'une majorité de la population de la province de Terre-Neuve exprimant son vote dans un référendum tenu en vertu de la partie V?

La Cour a rendu un jugement unanime le 31 mars 1981:

(1981) 82 A.P.R. 503; (1981) 29 Nfld. & P.E.I.R. 503. Dans des motifs conjoints, le juge en chef Mifflin de Terre-Neuve et les juges Morgan et Gushue répondent aux questions 1, 2 et 3 par l'affirmative. La question 4 reçoit la réponse suivante:

[TRADUCTION]

(1) Vu l'art. 3 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1871, la condition 2 des conditions de l'union ne peut être changée sans le consentement de la législature de Terre-Neuve.

(2) Vu l'art. 43 de la "Loi constitutionnelle", dans son texte actuel, aucune des conditions de l'union ne peut être changée sans le consentement de l'assemblée législative de Terre-Neuve.

(3) Ces deux articles peuvent être changés par les formules de modification prévues à l'art. 41 et les conditions de l'union pourraient alors être changées sans le consentement de la législature de Terre-Neuve.

(4) Si la formule de modification de l'art. 42 est utilisée, les deux articles peuvent être changés par un référendum tenu conformément aux dispositions de cet article. En ce cas, les conditions de l'union pourraient être changées sans le consentement de la législature de Terre-Neuve, mais non sans le consentement de la majorité de la population de Terre-Neuve exprimant son vote dans un référendum.

Par décret daté du 17 décembre 1980, le gouvernement du Québec a déferé à la Cour d'appel du Québec deux questions, subdivisée en deux sous-questions que voici:

A. La Loi sur le Canada et la Loi constitutionnelle de 1981 si elles entrent en vigueur et si elles sont valides à tous égards au Canada, auront-elles pour effet de porter atteinte:

(i) à l'autorité législative des législatures provinciales en vertu de la constitution canadienne?

(ii) au statut ou rôle des législatures ou gouvernements provinciaux au sein de la fédération canadienne?

B. La constitution canadienne habilite-t-elle, soit par statut, convention ou autrement, le Sénat et la Chambre des communes du Canada à faire modifier la constitution canadienne sans l'assentiment des provinces et malgré l'objection de plusieurs d'entre elles de façon à porter atteinte:

(i) à l'autorité législative des législatures provinciales en vertu de la constitution canadienne?

(ii) au statut ou rôle des législatures ou gouvernements provinciaux au sein de la fédération canadienne?

La Cour d'appel du Québec a rendu son jugement le 15 avril 1981. Le juge en chef Crête du Québec et les juges Owen, Turgeon et Bélanger ont répondu aux deux questions par l'affirmative. Le juge Bisson, dissident, a répondu à la question A par l'affirmative et à la question B par la négative.

Les appels interjetés de chacun de ces arrêts sont devant cette Cour de plein droit. Cette Cour a entendu les plaidoiries des procureurs généraux des dix provinces, du procureur général du Canada et de la Four Nations Confederacy Inc. Chaque appel a respectivement été plaidé, mais ils ont été entendus consécutivement.

La Loi sur le Canada et la Loi constitutionnelle de 1981, mentionnées dans le renvoi du Québec, font l'objet d'une résolution actuellement devant le Sénat et la Chambre des communes du Canada. Cette résolution déclare:

CONSIDÉRANT:

que le Parlement du Royaume-Uni a modifié à plusieurs reprises la Constitution du Canada à la demande et avec le consentement de celui-ci;

que, de par le statut d'État indépendant du Canada, il est légitime que les Canadiens aient tout pouvoir pour modifier leur Constitution au Canada;

qu'il est souhaitable d'inscrire dans la Constitution du Canada la reconnaissance de certains droits et libertés fondamentaux et d'y apporter d'autres modifications,

il est proposé que soit présentée respectueusement à Sa Majesté la Reine l'adresse dont la teneur suit:

A Sa Très Excellente Majesté la Reine,
Très Gracieuse Souveraine:

Nous, membres de la Chambre des communes du Canada réunis en Parlement, fidèles sujets de Votre Majesté, demandons respectueusement à Votre Très Gracieuse Majesté de bien vouloir faire déposer devant le Parlement du Royaume-Uni un projet de loi ainsi conçu:

Le projet de loi mentionné dans la résolution constitue la Loi sur le Canada et la Loi constitutionnelle de 1981. La Loi sur le Canada fait état de la demande et du consentement du Sénat et de la Chambre des communes à la démarche, adopte la Loi constitutionnelle de 1981 et déclare que les lois adoptées par le Parlement du Royaume-Uni après l'entrée en vigueur de la Loi constitutionnelle de 1981 ne feront pas partie du droit du Canada.

Si la Loi constitutionnelle de 1981 était valablement adoptée, la Constitution actuelle du Canada serait modifiée

sur deux points majeurs. La partie I de la Loi contient une charte des droits et libertés qui lierait à la fois les législatures provinciales et fédérale. Les parties IV et V de la Loi prévoient en détail le mode de modification futur de la constitution canadienne.

Il est maintenant acquis que la réponse à la première question des renvois du Manitoba et de Terre-Neuve et aux alinéas (i) et (ii) de la question A du renvoi du Québec doit être affirmative. La deuxième question des renvois du Manitoba et de Terre-Neuve fait l'objet d'un jugement distinct auquel nous sommes parties. Nous souscrivons à la réponse à la quatrième question du renvoi de Terre-Neuve proposée dans les motifs de jugement des autres membres de la Cour qui traitent de ce point.

La troisième question des renvois du Manitoba et de Terre-Neuve soulève le point de savoir si le consentement des provinces du Canada est "constitutionnellement nécessaire" pour modifier la Constitution du Canada lorsque cette modification a un effet sur les relations fédérales-provinciales ou altère les pouvoirs, les droits ou les privilèges que la Constitution du Canada accorde ou garantit aux provinces, à leurs législatures ou à leurs gouvernements. Si l'on répond à la deuxième question par l'affirmative, on reconnaît alors l'existence d'une convention constitutionnelle aux termes de laquelle la Chambre des communes et le Sénat ne demanderont pas une modification de l'A.A.N.B. de genre envisagé à la question 2 sans obtenir au préalable le consentement des provinces. S'il en est ainsi, alors le consentement des provinces est constitutionnellement nécessaire à cette modification et la question 3 devrait recevoir une réponse affirmative et, à notre avis, c'est cette réponse qu'il y faut donner.

Toutefois, il convient d'examiner un autre point puisque devant les tribunaux d'instance inférieure et au cours des plaidoiries devant cette Cour, les procureurs ont débattu de la réponse à la question 3 comme si les mots "constitutionnellement nécessaire" devaient avoir le sens de "juridiquement nécessaire".

Dans le renvoi du Québec, le point en litige est formulé de façon différente à la question B. On y demande si la constitution canadienne habilite, soit par statut, convention ou autrement, le Sénat et la Chambre des communes du Canada à faire modifier la constitution canadienne sans l'assentiment des provinces et malgré l'objection de plusieurs d'entre elles de façon à porter atteinte à l'autorité législative des législatures provinciales ou au statut ou rôle des législatures ou gouvernements provinciaux au sein de la fédération canadienne.

On ne nous a cité aucun statut qui confère ce pouvoir. Si la réponse à la question 2 est affirmative, elle nie que ce pouvoir existe de par une convention. Le point restant est celui de savoir si ce pouvoir a été conféré aux deux chambres autrement que par statut ou convention.

Nous estimons que la question B du renvoi du Québec soulève plus clairement le point de droit que ne le fait la question 3 des deux autres renvois et nous allons traiter de ce point dans ces motifs.

Avant tout, nous devons souligner qu'il ne s'agit pas d'une affaire qui met en cause la légalité ou l'illégalité dans le sens de déterminer si l'adoption de la résolution en cause

implique une violation de la loi. Il s'agit de déterminer s'il existe un pouvoir de donner suite au projet. La question est de savoir s'il est de la compétence du Sénat et de la Chambre des communes de faire adopter le projet de modification de l'A.A.N.B. par le Parlement impérial au moyen de la résolution dont cette Cour est saisie, en l'absence du consentement provincial.

Cette question est unique parce qu'au cours des 114 années écoulées depuis la Confédération, le Sénat et la Chambre des communes du Canada n'ont jamais cherché à obtenir une telle modification sans l'accord des provinces et, apparemment, cette possibilité n'a jamais été envisagée.

En préambule de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867 (ci-après appelé l'A.A.N.B.), on trouve cet énoncé significatif:

CONSIDÉRANT que les provinces du Canada, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick ont exprimé le désir de contracter une Union Fédérale pour ne former qu'une seule et même Puissance (Dominion) sous la couronne du Royaume-Uni de la Grande-Bretagne et d'Irlande, avec une constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni:

Considérant de plus qu'une telle union aurait l'effet de développer la prospérité des provinces et de favoriser les intérêts de l'Empire Britannique:

Considérant de plus qu'il est opportun, concurremment avec l'établissement de l'union par autorité du parlement, non seulement de décréter la constitution du pouvoir législatif de la Puissance, mais aussi de définir la nature de son gouvernement exécutif:

Considérant de plus qu'il est nécessaire de pourvoir à l'admission éventuelle d'autres parties de l'Amérique du Nord britannique dans l'union:

Le premier alinéa indique clairement que cette loi était adoptée sur les instances des provinces nommées et que l'on cherchait à former une union fédérale. Le deuxième alinéa annonce que cette union aurait "l'effet de développer la prospérité des provinces".

Les parties I à V de l'A.A.N.B. prévoient la création de l'union par proclamation et confèrent le pouvoir exécutif et législatif à Sa Majesté la Reine et à Ses représentants, et au Parlement du Canada et aux législatures des provinces. La partie VI traite de la répartition des pouvoirs législatifs. Il n'est pas inutile de citer les alinéas introductifs des art. 91 et 92 que voici:

91. Il sera loisible à la Reine, de l'avis et du consentement du Sénat et de la Chambre des Communes, de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada, relativement à toutes les matières ne tombant pas dans les catégories de sujets par le présent acte exclusivement assignés aux législatures des provinces; mais, pour plus de garantie, sans toutefois restreindre la généralité des termes ci-haut employés dans le présent article, il est par le présent déclaré que (nonobstant toute disposition contraire énoncée dans le présent acte) l'autorité législative exclusive du parlement du Canada s'étend à toutes les matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, savoir:

92. Dans chaque province la législature pourra exclusivement faire des lois relatives aux matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, savoir:

L'article 93 accorde aux provinces le pouvoir exclusif de légiférer en matière d'éducation, sous réserve de certaines dispositions protectrices relatives aux écoles confessionnelles et séparées.

L'article 95 donne un pouvoir législatif concurrent aux législatures provinciales et au Parlement du Canada en matière d'agriculture et d'immigration, mais les lois provinciales ne conserveront leur effet que tant qu'elles ne seront pas incompatibles avec un acte du Parlement du Canada.

La partie VII de l'A.A.N.B. traite du judiciaire.

La partie VIII traite des revenus, des dettes et de la taxe. L'article 109 prévoit que toutes les terres, minéraux et réserves royales appartenant aux différentes provinces du Canada, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick appartiendront aux différentes provinces de l'Ontario, du Québec, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick dans lesquelles ils sont situés.

La partie IX est intitulée "Dispositions diverses". L'article 129 maintient toutes les lois du Canada, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick au moment de l'union, sous réserve d'abrogation, d'abolition ou de modification par le Parlement du Canada ou par une législature provinciale conformément à l'autorité que leur confère l'A.A.N.B., tout en excluant les actes du Parlement de Grande-Bretagne.

La partie X traite du Chemin de fer intercolonial.

La partie XI vise l'admission d'autres colonies.

L'article 146 prévoit:

146. Il sera loisible à la Reine, de l'avis du très-honorable Conseil Privé de Sa Majesté, sur la présentation d'adresses de la part des chambres du Parlement du Canada, et des chambres des législatures respectives des

colonies ou provinces de Terre-Neuve, de l'Ile du Prince Edouard et de la Colombie-Britannique, d'admettre ces colonies ou provinces, ou aucune d'elles dans l'union, --et, sur la présentation d'adresses de la part des chambres du parlement du Canada, d'admettre la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest, ou l'une ou l'autre de ces possessions, dans l'union, aux termes et conditions, dans chaque cas, qui seront exprimés dans les adresses et que la Reine jugera convenable d'approuver, conformément au présent; les dispositions de tous ordres en conseil rendus à cet égard, auront le même effet que si elles avaient été décrétées par le parlement du Royaume-Uni de la Grande-Bretagne et d'Irlande.

Cet Acte est devenu la Constitution du Canada. Il a créé une union fédérale de provinces et il a soigneusement défini les domaines respectifs du Parlement canadien et des législatures provinciales en matière de compétence législative et de droits de propriété.

Le statut des provinces aux termes de la Constitution a été fixé par le Conseil privé dans deux affaires importantes qui lui ont été soumises après l'adoption de l'A.A.N.B.

Dans l'affaire Hodge v. The Queen, [1883-84] 9 A.C. 117, on a prétendu qu'une législature provinciale ne pouvait déléguer ses pouvoirs législatifs aux commissaires au permis parce qu'elle était elle-même un simple délégué du Parlement impérial. Le Comité judiciaire du Conseil privé a rejeté cet argument dans les termes suivants à la p. 132:

[TRADUCTION] Toutefois, il semble évident à leurs Seigneuries que l'objection ainsi soulevée par les appelants repose sur une conception tout à fait erronée du caractère et de la situation réels des législatures provinciales. Celles-ci ne sont en aucune façon les délégués du Parlement impérial; elles n'agissent pas non plus en vertu d'un mandat reçu de ce dernier. En décrétant que l'Ontario avait droit à une législature et qu'il appartenait en exclusivité à son Assemblée législative d'adopter des lois pour la province et pour des fins provinciales

relativement aux catégories de sujets énumérés à l'art. 92, l'Acte de l'Amérique du Nord britannique lui conféra, non pas des pouvoirs qu'elle était censée exercer par délégation ou en qualité de représentant du Parlement impérial, mais une autorité aussi complète et aussi vaste, dans les limites prescrites par l'art. 92, que le Parlement impérial, dans la plénitude de ses attributions, possédait et pouvait conférer. Dans les limites des sujets précités et à l'intérieur de ce cadre, la législature locale est souveraine et possède le même pouvoir que le Parlement impérial ou le Parlement du Dominion aurait, dans des circonstances analogues, de déléguer à une institution municipale ou à un organisme de sa création le pouvoir d'adopter des règlements ou résolutions quant aux sujets mentionnés dans la loi, en vue de la mise en vigueur et de l'application de ladite mesure.

Dans l'affaire Liquidators of the Maritime Bank v.

Receiver-General of New Brunswick, [1892] A.C. 437, on a fait valoir que la province ne jouissait d'aucun élément de la prérogative de la Couronne et que par conséquent la province du Nouveau-Brunswick ne pouvait réclamer de préférence à l'égard des biens de la banque pour une dette due à la province. On plaidait aussi que le gouvernement fédéral ne partageait pas cette incompétence constitutionnelle. A la p. 438, l'avocat a prétendu:

[TRADUCTION] A la différence du gouvernement du Dominion, le gouvernement provincial ne peut invoquer et exercer les prérogatives de la Couronne. Aucun article de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1867 ne confère ce droit de la Couronne à la province. Par conséquent, si la province possède ce droit, elle doit l'appuyer sur le principe général que le lieutenant-gouverneur a le droit d'exercer la prérogative de la Couronne. Mais l'effet de l'Acte de 1867 est que le gouvernement du Dominion représente les quatre provinces qui existaient au moment de l'union et les autres provinces qui ont été constituées par la suite; par conséquent, le lien direct entre la Couronne et les provinces a cessé. Le gouverneur général du Canada est le véritable représentant de la Couronne vu la constitution actuelle du Dominion; et le lieutenant-gouverneur de chaque province ne l'est pas. Les lieutenants-gouverneurs ont reçu

certaines éléments de la prérogative ce qui est incompatible avec leur capacité de représenter entièrement la Couronne. Autrement, si le Dominion et les provinces possèdent tous deux les droits de prérogative au complet, on pourrait avoir la situation où la Couronne représentant l'un s'oppose à la Couronne représentant l'autre.

Lord Watson a exprimé l'avis du Comité judiciaire et

voici ce qu'il dit à la p. 441:

[TRADUCTION] Ils ont soutenu que l'Acte a eu pour effet de trancher tout lien unissant les provinces à la Couronne; de faire du gouvernement du Dominion l'unique gouvernement de Sa Majesté en Amérique du Nord; et de reléguer les provinces au rang d'institutions municipales indépendantes. Leurs Seigneuries n'ont pu découvrir ni principe ni précédent applicables à ces propositions, qui contiennent la somme et le fond des arguments invoqués à l'appui de cet appel.

Leurs Seigneuries ne croient pas nécessaire de scruter à fond les dispositions de l'Acte de 1867, lesquelles ne visent nulle part à restreindre de quelque façon les droits et privilèges de la Couronne, ni à modifier les relations qui existaient alors entre la souveraine et les provinces. Le but de l'Acte n'était pas de fusionner les provinces en une seule ni de subordonner les gouvernements provinciaux à une autorité centrale, mais de créer un gouvernement fédéral dans lequel elles seraient toutes représentées et auquel serait confiée de façon exclusive l'administration des affaires dans lesquelles elles avaient un intérêt commun, chaque province conservant son indépendance et son autonomie. Ce but fut atteint par la répartition, entre le Dominion et les provinces, de tous les pouvoirs exécutifs et législatifs, ainsi que de tous les biens et revenus publics qui avaient jusque-là appartenu aux provinces, de telle façon que le gouvernement du Dominion recevait les pouvoirs, biens et revenus nécessaires à l'exercice complet de ses attributions constitutionnelles, et les provinces conservaient le reste pour les besoins de l'administration provinciale. Toutefois, pour ce qui est des matières que l'art. 92 réserve spécialement à la législation provinciale, la province continue d'échapper au contrôle fédéral et sa souveraineté est la même qu'avant l'adoption de l'Acte.

Après avoir cité un passage de l'affaire Hodge,

compris dans l'extrait précité, il continue:

[TRADUCTION] Par conséquent, il est clair que la législature provinciale du Nouveau-Brunswick n'est pas un organisme subordonné comme l'ont prétendu les appelants. Elle ne tire aucunement son autorité du gouvernement du Canada et son statut ne ressemble en rien à celui d'une institution municipale, qui est un organisme constitué à des fins d'administration locale. Elle possède des pouvoirs qui ne sont pas simplement des pouvoirs administratifs mais bien des pouvoirs législatifs, au sens strict du terme, et, dans les limites fixées par l'art. 92 de l'Acte de 1867, ces pouvoirs sont exclusifs et souverains. Il faudrait des termes très précis, qu'on ne trouve pas dans l'Acte de 1867, pour appuyer le raisonnement que le Parlement impérial a voulu donner aux provinces canadiennes le droit d'exercer des pouvoirs législatifs souverains auxquels le souverain britannique ne participerait aucunement.

On a établi ultérieurement que la répartition fédérale des pouvoirs comprend non seulement les pouvoirs législatifs mais aussi les pouvoirs exécutifs: Bonanza Creek Gold Mining Co. v. The King, [1916] 1 A.C. 566 à la p. 580, lord Haldane. A la p. 581, il dit à propos de l'affaire Maritime Bank, (précitée):

[TRADUCTION] On y a déclaré que "l'acte du gouverneur général et de son conseil en faisant cette nomination est, au sens de la loi, l'acte de la Couronne; un lieutenant-gouverneur, lorsqu'il est nommé, représente tout aussi bien Sa Majesté à toutes fins provinciales que le gouverneur général la représente à toutes fins fédérales".

La répartition des pouvoirs par l'Acte entre le Parlement du Canada et les législatures provinciales couvre l'ensemble de la souveraineté. C'est ce qu'a reconnu le Conseil privé dans l'arrêt Attorney General for Ontario v. Attorney General for Canada, [1912] A.C. 571, à la p. 581:

[TRADUCTION] En 1867, le désir du Canada d'avoir une constitution précise englobant l'ensemble du Dominion a été consacré par l'Acte de l'Amérique du Nord britannique. Il ne peut faire maintenant aucun doute qu'en vertu de ce document organique, les pouvoirs répartis entre

le Dominion d'une part et les provinces d'autre part couvrent l'ensemble de la souveraineté dans le gouvernement de tout le territoire du Canada. Il serait contraire à l'ensemble du plan et de l'économie de l'Acte de prétendre que le Canada n'a pas reçu le droit intégral de se gouverner lui-même sur son territoire.

L'arrêt Murphy c. Le Canadien Pacifique, [1958]

R.C.S. 626, à la p. 643, le juge Rand déclare:

[TRADUCTION] On s'accorde à reconnaître que l'Acte de 1867 confère la totalité du pouvoir législatif, sous réserve des restrictions expresses ou tacites apportées par l'Acte lui-même.

Cette analyse indique que l'adoption de l'A.A.N.B. crée une constitution fédérale pour le Canada qui confie l'ensemble de la souveraineté canadienne au Parlement du Canada et aux législatures provinciales, chacun étant souverain dans sa propre sphère ainsi définie. On peut donc dire à bon droit que le principe dominant du droit constitutionnel canadien est le fédéralisme. Les implications de ce principe sont claires. On ne devrait permettre à aucun ordre de gouvernement d'empiéter sur l'autre, que ce soit directement ou indirectement. Le compromis politique atteint par suite des conférences de Québec et de Londres avant l'adoption de l'A.A.N.B. disparaîtrait à moins qu'il y ait des limites efficaces et formelles à une action inconstitutionnelle.

L'A.A.N.B. ne précise pas les moyens de déterminer la constitutionnalité de lois fédérales ou provinciales. Les tribunaux ont assumé et exécuté cette tâche et l'autorité suprême, conférée à l'origine au Comité judiciaire du Conseil privé, l'est depuis 1949 à cette Cour.

Dans l'exécution de cette fonction et en plus de connaître des cas d'allégations d'excès de pouvoir législatif, les tribunaux ont eu la possibilité d'élaborer des principes juridiques fondés sur la nécessité de préserver l'intégrité de la structure fédérale. Nous en traiterons plus loin dans ces motifs. Toutefois, nous allons nous référer à ce stade à un cas où le Conseil privé s'est acquitté de cette fonction.

Dans l'arrêt Attorney General for Canada v. Attorney General for Ontario, [1937] A.C. 326 (l'affaire des Conventions de travail), le litige portait sur la constitutionnalité de trois lois fédérales adoptées en 1935 relatives à des questions de droit du travail, tels le repos hebdomadaire dans les établissements industriels, les heures de travail et les salaires minima. En somme, elles donnaient effet au projet de conventions adopté par l'Organisation internationale du travail de la Société des Nations en vertu de la partie du Traité de Versailles de 1919 qui concerne le travail et que le Canada avait ratifiée. On y a fait valoir au nom du procureur général du Canada que les lois étaient valides parce qu'elles avaient pour but de mettre en oeuvre des obligations contractées par le Canada aux termes du traité. Au nom de la province, on a prétendu que les lois se rapportaient à la propriété et aux droits civils dans la province.

L'argument présenté au nom du procureur général du Canada, publié à la p. 330, est très semblable aux prétentions de ce dernier en l'espèce:

[TRADUCTION] Le transfert du pouvoir de conclure des traités à l'exécutif du Dominion et le pouvoir corrélatif de légiférer pour donner effet aux obligations n'enlèvent rien aux provinces.

[Lord Atkin. Le Dominion n'a pas des pouvoirs législatifs illimités.]

La clause résiduaire de l'art. 91 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique peut être interprétée d'une façon qui n'est pas incompatible avec la jurisprudence, savoir lorsque le Canada a dûment contracté une obligation internationale relative à un sujet donné qui peut relever de n'importe quelle catégorie des art. 91 et 92, on peut alors dire qu'il relève d'autres circonstances; une fois qu'il a pris l'aspect d'une entente internationale, on ne peut plus le traiter comme appartenant à l'une des catégories énumérées.

[Lord Atkin. C'est une doctrine qui va très loin: elle signifie que le Canada pourrait conclure une entente avec un état qui porterait sérieusement atteinte aux droits provinciaux.]

C'est un pouvoir que le Canada ne peut exercer seul; il doit y avoir d'autres pays qui veulent conclure une entente. On ne doit pas considérer la question comme si le Canada allait chercher dans le monde quelqu'un avec qui conclure un accord pour voler aux provinces leurs droits constitutionnels. Mais, logiquement, on doit admettre que quoi que le Canada et un autre pays conviennent, le Canada peut le faire.

Cet argument fut rejeté non seulement parce qu'on ne lui trouve aucun appui dans la constitution elle-même, mais aussi parce qu'il est incompatible avec la structure fédérale du gouvernement du Canada. Aux pp. 351 à 353, lord Atkin dit:

[TRADUCTION] Aux fins des art. 91 et 92, c'est-à-dire de la répartition des pouvoirs législatifs entre le Dominion et les provinces, la législation en matière de traités n'existe pas comme telle. La répartition est fondée sur des catégories de sujets: la catégorie particulière de sujets faisant l'objet d'un traité déterminera l'autorité législative chargée de l'appliquer. Personne ne saurait douter que cette répartition soit une des conditions les plus essentielles, peut-être la plus essentielle entre toutes, du pacte interprovincial consacré par l'Acte de l'Amérique du Nord britannique. Si l'on considère seulement la situation du Bas-Canada, le Québec d'aujourd'hui, on peut dire que l'existence de son système juridique distinct touchant la propriété et les droits civils tient au respect rigoureux de son droit constitutionnel d'exercer une compétence exclusive en pareilles matières. Il importe autant aux autres provinces, séparées par des

différences aussi considérables que la distance de l'Atlantique au Pacifique, et bien que leur droit repose sur le droit anglais, de conserver leur autonomie législative. Il serait extraordinaire que le Dominion, privé d'initiative, même recommandable, quant aux droits civils dans les provinces, pût, sans responsabilité envers lesdites provinces et sans que leurs parlements puissent le contrôler, légiférer du simple fait d'un accord avec un pays étranger; son Parlement disposerait alors de l'autorité requise pour porter atteinte aux droits provinciaux, dans la pleine mesure de cet accord. On tendrait ainsi à saper les sauvegardes constitutionnelles de l'autonomie provinciale.

De ce qui précède, il faut conclure que son nouveau statut international, et les attributions exécutives plus étendues qui en découlent, ne confèrent pas au Dominion une plus vaste compétence législative. Il est vrai, comme l'a noté le juge en chef dans ses motifs, que l'Exécutif est maintenant revêtu du pouvoir de conclure des traités; d'autre part, le Parlement du Canada, envers lequel il est responsable, le rend comptable de ces traités. Si le Parlement n'en veut pas, ils ne pourraient être faits ou alors les ministres subiraient le sort prévu par la Constitution. Mais cela est vrai de toutes les attributions de l'Exécutif par rapport au Parlement. Rien dans la Constitution actuelle ne permet d'étendre la compétence du Parlement du Dominion jusqu'au point où elle irait de pair avec l'extension des attributions de l'Exécutif du Dominion. Si les nouvelles attributions portent sur les catégories de sujets énumérés à l'art. 92, la législation les appuyant relève uniquement des législatures provinciales. Dans le cas contraire, la compétence de la législature du Dominion est définie à l'art. 91 et elle existait au départ. En d'autres termes, le Dominion ne peut par de simples promesses à des pays étrangers se revêtir d'une autorité législative incompatible avec la Constitution à laquelle il doit son existence.

Plusieurs aspects de l'affaire des Conventions de travail méritent d'être soulignés. Le gouvernement fédéral y affirmait le droit d'adopter des lois qui relèvent de l'autorité provinciale afin de donner effet aux obligations qu'il avait contractées aux termes d'un traité. Personne n'a mis en cause la validité de l'autorité du gouvernement fédéral de négocier et ratifier des traités internationaux. Ce que le Conseil privé a jugé inconstitutionnel est l'utilisation de

cette procédure légale pour légiférer indirectement en excédant les pouvoirs conférés au Parlement fédéral par l'art. 91 de l'A.A.N.B.

En l'espèce, cette Cour doit également examiner l'exercice d'un pouvoir valide, savoir, le pouvoir des chambres du Parlement fédéral d'adopter des résolutions demandant des modifications de l'A.A.N.B. Ce pouvoir a des fondements historiques, mais il faut souligner qu'on ne l'a jamais utilisé avant pour amoindrir l'autorité législative des provinces sans leur consentement. Dans l'optique de l'affaire des Conventions de travail, le point en litige ici est le suivant: le gouvernement fédéral peut-il compenser son incompétence notoire d'empiéter sur les pouvoirs provinciaux en procédant par résolution pour obtenir une modification constitutionnelle qui serait adoptée sur ses instances par le Parlement du Royaume-Uni?

Les seules dispositions de l'A.A.N.B. relatives aux modifications de la constitution sont les suivantes. Le paragraphe 1 de l'art. 92 confère aux législatures provinciales le pouvoir de légiférer relativement à:

1. L'amendement de temps à autre, nonobstant toute disposition contraire énoncée dans le présent acte, de la constitution de la province, sauf les dispositions relatives à la charge de lieutenant-gouverneur;

L'article 146, déjà cité, prévoit l'admission d'autres colonies et territoires dans l'union.

Par une modification de l'art. 91 de l'A.A.N.B. adopté en 1949, le Parlement fédéral a reçu un pouvoir limité

de modification. Le paragraphe 1 de l'art. 91 lui permet de légiférer relativement à:

1. La modification, de temps à autre, de la constitution du Canada, sauf en ce qui concerne les matières rentrant dans les catégories de sujets que la présente loi attribue exclusivement aux législatures des provinces, ou en ce qui concerne les droits ou privilèges accordés ou garantis, par la présente loi ou par toute autre loi constitutionnelle, à la législature ou au gouvernement d'une province, ou à quelque catégorie de personnes en matière d'écoles, ou en ce qui regarde l'emploi de l'anglais ou du français, ou les prescriptions portant que le parlement du Canada tiendra au moins une session chaque année et que la durée de chaque chambre des communes sera limitée à cinq années, depuis le jour du rapport des brefs ordonnant l'élection de cette chambre; toutefois, le parlement du Canada peut prolonger la durée d'une chambre des communes en temps de guerre, d'invasion ou d'insurrection, réelles ou appréhendées, si cette prolongation n'est pas l'objet d'une opposition exprimée par les votes de plus du tiers des membres de ladite chambre.

Cette disposition exclut spécifiquement de sa portée, notamment, les matières qui relèvent des catégories de sujet attribuées exclusivement aux provinces. Cette Cour a examiné la portée de l'art. 91(1) dans le Renvoi: Compétence du Parlement relativement à Chambre haute, [1980] 1 R.C.S. 54 (ci-après appelé le renvoi sur le Sénat). Cette Cour y a décidé à l'unanimité que le gouvernement fédéral ne pouvait pas abolir le Sénat en invoquant l'art. 91(1). Elle a conclu que l'expression "constitution du Canada" au par. 91(1) dans son contexte se rapporte seulement à l'entité juridique fédérale. Il est significatif que lorsqu'aussi récemment qu'en 1949, les chambres du Parlement ont demandé et obtenu un article permettant au Parlement fédéral de modifier la constitution par voie législative, la formulation de l'article en cause assure que ce pouvoir ne permettra pas de conclure implicitement aux droits de toucher aux pouvoirs attribués aux provinces par l'A.A.N.B.

Etant donné que la Constitution canadienne a été créée par l'A.A.N.B. sous forme de loi impériale, il s'ensuit qu'en l'absence de disposition modificatrice, seule l'adoption d'une loi impériale pourrait la modifier. Au cours des années, elle a subi de nombreuses modifications de cette façon. Depuis 1895, on a vu se développer la pratique de la requête officielle au Parlement impérial au moyen d'une adresse conjointe des deux chambres du Parlement. Cette forme de procédure avait été suivie plus tôt à l'égard des modifications de l'Acte d'Union, 1840. C'est aussi la procédure énoncée à l'art. 146 de l'A.A.N.B. pour s'adresser à la Reine, agissant de l'avis de son Conseil privé, pour admettre des colonies existantes ou des territoires dans l'union.

La liste des modifications constitutionnelles adoptée depuis 1867 par le Parlement impérial se trouve dans le Livre blanc de M. Favreau de 1965, publié par le gouvernement fédéral et approuvé par les gouvernements provinciaux. Cette Cour l'a citée dans le renvoi sur le Sénat. Beaucoup de ces modifications visaient seulement la procédure, tel le report du rajustement de la représentation à la Chambre des communes en 1916 et 1943 en attendant la fin des hostilités. Les modifications qui sont importantes relativement à la procédure de modification appropriée ont été discutées dans ce Livre et elles méritent à notre avis d'être à nouveau citées au complet:

(1) Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1871 -

(Établissement de nouvelles provinces et administration de territoires)

Comme c'était la première fois que le Canada cherchait à faire modifier sa Constitution, le gouvernement de l'époque n'avait aucun précédent pour le guider. Il présenta donc une demande de modification au Parlement du Royaume-Uni sans consulter le Parlement du Canada, lequel protesta

énergiquement. L'opposition reprocha au gouvernement de n'avoir pas obtenu le consentement préalable de l'autorité législative canadienne. Le gouvernement convint que les projets de modification devraient être soumis au Parlement et la Chambre des Communes adopta à l'unanimité une résolution portant que "... le gouvernement doit obtenir l'assentiment préalable du Parlement du Dominion avant de demander que des changements soient apportés aux dispositions de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique". Quelques jours plus tard, le gouvernement présenta une adresse conjointe qui fut adoptée par les deux chambres du Parlement et qui servit de base à la promulgation ultérieure de la modification par le Parlement britannique.

(2) Acte du Parlement du Canada de 1875 -

(Privilèges, immunités et pouvoirs des
Chambres du Parlement)

Le gouvernement d'alors, malgré le principe qu'il avait mis de l'avant et qu'il avait fait adopter à l'unanimité par le Parlement du Canada quatre années auparavant lorsqu'il était dans l'opposition, demanda cette modification sans "l'assentiment préalable" ou la présentation d'une adresse officielle du Parlement canadien. De nouvelles protestations se firent entendre et une résolution analogue à celle de 1871 fut soumise à la Chambre des Communes. Après un débat, le gouvernement reconnut la justesse du principe dont il s'était antérieurement fait le protagoniste, à l'effet que tous les projets de modification de la Constitution doivent être soumis au Parlement. La nouvelle résolution fut retirée lorsque le gouvernement concéda que la présentation d'une adresse conjointe des deux chambres du Parlement était le seul moyen approprié d'obtenir des modifications de la Constitution.

(3) Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1886 -

(Représentation des territoires au Parlement)

Le gouvernement du Canada fit parvenir au Parlement du Royaume-Uni sa demande de cette modification de la Constitution, au moyen d'une adresse officielle des deux chambres du Parlement. A une exception près, cette procédure a été depuis suivie par tous les gouvernements canadiens. L'exception fut l'adoption en 1895 par le Parlement du Royaume-Uni de l'Acte concernant l'Orateur canadien (nomination d'un suppléant), laquelle, en raison des circonstances particulières, ne souleva pas de protestations.

(4) Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1907 -
(Subventions aux provinces)

Pour la première fois, à cette occasion, le gouvernement fédéral consulta les provinces au sujet d'une modification de la Constitution. La modification intéressait directement les neuf provinces de l'époque. Elles furent, par conséquent, toutes consultées et huit des neuf gouvernements provinciaux acceptèrent la proposition fédérale. Une province manifesta son opposition, tant au Canada qu'en Grande-Bretagne. Le gouvernement britannique apporta des changements d'importance secondaire au texte du projet de loi et la modification fut adoptée.

(5) Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1915 -
(Redéfinition des divisions sénatoriales)

Cette modification fut édictée sans consultation des provinces et sans intervention des gouvernements provinciaux. Son importance dans l'évolution constitutionnelle du Canada tient au fait qu'elle fut présentée sous la forme d'un projet de loi canadien qui fut incorporé dans l'adresse à la Couronne et adoptée sans modification par le Parlement britannique.

(6) Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1930 -
(Compétence des provinces de l'Ouest à l'égard de leurs ressources naturelles)

Cette modification de la Constitution fut la première à se rapporter à un domaine de compétence provinciale mais sans intéresser directement toutes les provinces. Elle fut obtenue par le gouvernement fédéral après consultation des seules provinces directement en cause.

(7) Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1940 -
(Assurance-chômage)

Cette modification fut la première à changer la répartition des pouvoirs législatifs, établie par la Constitution de 1867, entre le Parlement et les législatures des provinces. Elle transféra des provinces au Fédéral le pouvoir de légiférer en matière d'assurance-chômage. Le gouvernement fédéral obtint d'abord l'assentiment de tous les gouvernements provinciaux. Dans ce cas, comme dans les cas précédents où l'assentiment des provinces fut demandé, aucun des gouvernements provinciaux ne soumit la question à la

Législature. Cependant, dans une des provinces la Législature adopta une résolution après que le premier ministre eût, au nom de son gouvernement, déjà donné son assentiment à la modification.

(8) Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1943 -

(Ajournement du rajustement de la représentation à la Chambre des Communes)

Le gouvernement fédéral ne consulta pas les provinces avant de demander cette modification. Le Parlement du Royaume-Uni l'accorda malgré les protestations d'un des gouvernements provinciaux. Selon la thèse du gouvernement fédéral, la modification ne concernait que le gouvernement du Canada car elle ne touchait ni les gouvernements ni les législatures des provinces.

(9) Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1946 -

(Rajustement de la représentation à la Chambre des Communes)

Le gouvernement fédéral procéda de la même façon que pour la modification de 1943 - c'est-à-dire sans consulter les provinces - et pour les mêmes raisons.

(10) Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1949 -

(Entrée de Terre-Neuve dans la Confédération)

Une résolution fut présentée à la Chambre des Communes demandant que le gouvernement fédéral ne procède pas à cette modification sans consultation préalable des gouvernements provinciaux. La résolution n'indiquait pas ce qu'il fallait entendre par "consultation". Cependant, la modification fut promulguée sans que les gouvernements provinciaux soient consultés ou protestent officiellement, bien que l'un ou deux d'entre eux eussent déclaré publiquement que des consultations auraient dû avoir lieu.

(11) Acte de l'Amérique du Nord britannique (n° 2) de 1949 -

(Pouvoir du Parlement de modifier la Constitution du Canada sous certains de ses aspects)

Cette modification fut obtenue sans consultation des gouvernements des provinces et sans leur assentiment, le gouvernement fédéral s'en tenant à la thèse qu'il avait adoptée lors des modifications de 1943 et 1946. Cependant, à une conférence fédérale-provinciale sur la Constitution tenue l'année suivante, le gouvernement fédéral déclara qu'advenant un

accord sur une procédure générale de modification de la Constitution au Canada, il serait disposé à examiner à nouveau les dispositions essentielles de la modification de 1949.

(12) Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1951 -
(Pensions de vieillesse)

Cette modification fut adoptée après que le gouvernement fédéral eût obtenu l'assentiment de toutes les provinces. Les gouvernements des provinces de Québec, de la Saskatchewan et du Manitoba soumièrent le projet de modification à leur Législature qui les autorisa à s'y rallier. Les autres gouvernements provinciaux l'approuvèrent de leur propre chef.

(13) Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1960 -
(Durée des fonctions de certains juges)

Le gouvernement fédéral ne demanda cette modification qu'après avoir obtenu l'assentiment de toutes les provinces parce qu'elle prévoyait la retraite obligatoire à 75 ans des juges des tribunaux provinciaux. Le gouvernement du Québec soumit encore une fois la question à sa Législature avant de signifier son assentiment.

(14) Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1964 -
(Pensions de vieillesse et prestations additionnelles)

Cette modification fut adoptée avec l'assentiment de tous les gouvernements provinciaux ainsi que, dans le cas du Québec, celui de l'Assemblée législative. Elle vise l'article 94A qui fut établi, avec l'assentiment de toutes les provinces, par la modification de 1951.

Le Livre blanc de M. Favreau poursuit:

En cinq occasions - en 1907, 1940, 1951, 1960 et 1964 - le gouvernement fédéral a consulté toutes les provinces sur des projets de modification intéressant directement chacune d'elles. Il ne s'est présenté jusqu'ici qu'un seul cas où une modification a été demandée par le gouvernement fédéral après consultation des seules provinces directement impliquées. Il s'agit de la modification de 1930 qui transférait aux provinces de l'Ouest les ressources naturelles qui relevaient du gouvernement fédéral depuis leur entrée dans la Confédération. En dix occasions - en 1871, 1875, 1886, 1895, 1915, 1916, 1943, 1946, 1949 et 1949 (2) - des modifications ont été apportées à la Constitution, sans consultation préalable des provinces, à l'égard de questions que le

gouvernement fédéral jugeait de sa compétence exclusive. Dans les quatre derniers cas ci-dessus, une ou deux provinces ont protesté, soutenant que des consultations fédérales-provinciales auraient dû avoir lieu avant que le Parlement ne soit appelé à se prononcer.

On ne relève aucun cas où une modification de l'A.A.N.B. qui intéresse directement les relations fédérales-provinciales, c'est-à-dire qui change les pouvoirs législatifs provinciaux, ait été adoptée sans consultation fédérale avec toutes les provinces et sans leur consentement. En particulier, c'est la procédure suivie dans les quatre cas postérieurs à l'adoption du Statut de Westminster (ci-après appelé le Statut de Westminster).

Cet historique des modifications révèle l'existence de contraintes constitutionnelles. Bien que le choix de la procédure par la résolution soit en lui-même une question de responsabilité parlementaire interne, les adresses au Souverain relèvent de deux domaines. Les résolutions concernant l'entité juridique fédérale et les pouvoirs fédéraux ont été présentées sans s'en rapporter à d'autres qu'aux membres des chambres fédérales. Les résolutions réduisant l'autorité provinciale n'ont jamais été adoptées sans l'accord des provinces. En d'autres mots, les principes constitutionnels normaux qui reconnaissent l'inviolabilité des pouvoirs législatifs distincts et exclusifs ont été intégrés au mécanisme de procédure par résolution.

L'historique des modifications constitutionnelles suit également l'évolution de la souveraineté canadienne. L'A.A.N.B. n'avait aucunement pour but de séparer le Canada du

Commonwealth britannique. Toutefois, le rôle vital du consentement canadien en tant qu'expression de la souveraineté canadienne est illustré par le fait qu'aucune modification constitutionnelle n'a été adoptée sans ce consentement.

Le Statut de Westminster a été adopté après deux conférences impériales tenues en 1926 et 1930 auxquelles assistaient des représentants du Royaume-Uni, du Canada, de l'Australie, de la Nouvelle-Zélande, de l'Afrique du Sud, de l'Etat libre d'Irlande et de Terre-Neuve. A la première conférence, la position constitutionnelle existante a été formulée dans une déclaration appelée "la Déclaration Balfour":

[TRADUCTION] Il s'agit de collectivités autonomes au sein de l'Empire britannique, de statut égal et en aucune façon subordonnées l'une à l'autre pour ce qui est de leurs affaires internes ou extérieures, tout en étant unies par une allégeance commune à la Couronne, et librement associées comme membres du Commonwealth britannique des Nations.

Le Statut de Westminster a été adopté pour donner effet en droit britannique au statut souverain désormais reconnu des collectivités au sein de l'Empire britannique.

Les articles suivants du Statut nous ont été mentionnés au cours des plaidoiries:

2.(1) La Loi de 1865 relative à la validité des lois des colonies ne doit s'appliquer à aucune loi adoptée par le Parlement d'un Dominion postérieurement à la proclamation de la présente loi.

(2) Nulle loi et nulle disposition de toute loi édictée postérieurement à la proclamation de la présente loi par le Parlement d'un Dominion ne sera invalide ou inopérante à cause de son incompatibilité avec la législation d'Angleterre, ou avec les dispositions de toute loi existante ou à venir émanée du Parlement du Royaume-Uni, ou avec tout arrêté, statut ou règlement rendu en exécution de toute loi comme

susdit, et les attributions du Parlement d'un Dominion comprendront la faculté d'abroger ou de modifier toute loi ou tout arrêté, statut ou règlement comme susdit faisant partie de la législation de ce Dominion.

3. Il est déclaré et statué par les présentes que le Parlement d'un Dominion a le plein pouvoir d'adopter des lois d'une portée extra-territoriale.

4. Nulle loi du Parlement du Royaume-Uni adoptée postérieurement à l'entrée en vigueur de la présente Loi ne doit s'étendre ou être censée s'étendre à un Dominion, comme partie de la législation en vigueur dans ce Dominion, à moins qu'il n'y soit expressément déclaré que ce Dominion a demandé cette loi et a consenti à ce qu'elle soit édictée.

. . .

7.(1) Rien dans la présente Loi ne doit être considéré comme se rapportant à l'abrogation ou à la modification des Actes de l'Amérique du Nord britannique, 1867 à 1930, ou d'un arrêté, statut ou règlement quelconque édicté en vertu desdites Actes.

(2) Les dispositions de l'article deux de la présente Loi doivent s'étendre aux lois édictées par les provinces du Canada et aux pouvoirs des législatures de ces provinces.

(3) Les pouvoirs que la présente Loi confère au Parlement du Canada ou aux législatures des provinces ne les autorisent qu'à légiférer sur des questions qui sont de leur compétence respective.

Nous ne considérons pas que l'art. 4 ait des répercussions réelles sur la question en cause en l'espèce. L'article utilise le mot "s'étendre" et, à notre avis, il veut donc dire qu'en l'absence de la déclaration mentionnée dans l'article, nulle loi du Royaume-Uni ne fera partie de la législation en vigueur dans un Dominion. Il est toutefois intéressant de voir que toutes les modifications adoptées après l'entrée en vigueur du Statut de Westminster contiennent une déclaration que le Canada les a demandées et y a consenti.

Les Dominions auxquels le Statut de Westminster s'appliquent étaient tous des états unitaires sauf le Canada et

l'Australie, et la constitution australienne contenait déjà une disposition modificatrice.

Quant au Canada, la portée possible de l'art. 2 a été une source d'inquiétude pour les provinces parce qu'une interprétation possible était de permettre au Parlement fédéral d'abroger ou de modifier l'A.A.N.B. L'article 7 est le résultat de cette inquiétude. Le Livre blanc de M. Favreau traite de l'historique de cette question aux pp. 18 et 19:

Le 30 juin 1931, le très honorable R.B. Bennett, premier ministre du Canada, soumit à la Chambre des Communes une résolution proposant qu'une adresse soit présentée à Sa Majesté pour demander la promulgation du Statut de Westminster. Le préambule de la résolution déclarait:

"Considérant que les autorités compétentes au Canada ont étudié l'opportunité et la mesure dans laquelle les principes contenus dans le projet de loi du Parlement du Royaume-Uni devraient s'appliquer à la législation provinciale; et qu'à une conférence interprovinciale, tenue à Ottawa, les septième et huitième jours d'avril en l'an mil neuf cent trente et un de Notre Seigneur, une clause fut approuvée par les délégués du gouvernement de Sa Majesté au Canada et des gouvernements de toutes les provinces du Canada, pour être insérée dans le projet de loi dans le but de déclarer que les dispositions du projet de loi relatives à l'acte concernant la validité des lois coloniales devraient s'étendre aux lois adoptées par les provinces du Canada et aux pouvoirs des législatures des provinces; et aussi dans le but de déclarer que rien dans le projet de loi ne serait censé s'appliquer à l'abrogation, à la modification ou au changement des Actes de l'Amérique du Nord britannique, de 1867 à 1930, ou de toute ordonnance, règle ou tout règlement établi sous leur empire; et aussi dans le but de déclarer que les pouvoirs conférés par le projet de loi au Parlement du Canada et aux législatures des provinces devraient être restreints à l'adoption des lois se rapportant à des questions relevant de la juridiction du Parlement du Canada ou de l'une quelconque des législatures des provinces respectivement."

Le premier ministre rappela que la Conférence fédérale-provinciale mentionnée dans le préambule avait été convoquée sur les instances de l'Ontario, qui avait reçu l'appui d'autres provinces. Certaines d'entre elles avaient exprimé des craintes que des dispositions aussi étendues que celles qui devaient s'inscrire dans le Statut de Westminster ne permettent à un parlement fédéral d'empiéter sur les droits d'une législature provinciale et d'exercer des pouvoirs qui dépassent sa propre compétence. Il fit ressortir que "... au cas où l'on prétendrait que les droits des provinces définis dans l'Acte de l'Amérique du Nord britannique sont diminués, modifiés ou abrogés" un article du Statut d'application spéciale au Canada devait déclarer, avec l'accord unanime des provinces, que tel n'était pas le cas.

Le Statut de Westminster fut adopté le 11 décembre 1931. Plus tôt dans l'année, M^e Louis St-Laurent, alors président de l'Association du Barreau canadien et distingué constitutionnaliste, avait parlé dans son discours présidentiel publié à 9 Revue du Barreau Canadien, à la p. 525, des résolutions de la Chambre des communes et du Sénat demandant l'adoption du Statut. Son discours ne se situe pas dans un contexte politique. A l'époque, il n'occupait aucun poste politique. Ce n'est que plus tard qu'il est devenu député à la Chambre des communes et ministre de la Couronne. L'extrait suivant de ce discours est pertinent à la question dont la Cour est saisie:

[TRADUCTION] Certes, il se peut que, bien qu'à la fois le Dominion et les provinces restent soumis à la compétence législative du Parlement de sa Majesté au Royaume-Uni, ce Parlement ait, en théorie, les pleins pouvoirs pour modifier la répartition de la compétence législative entre eux. Mais après la déclaration de 1926 portant qu'à la fois le Royaume-Uni et les Dominions sont des collectivités autonomes à statut égal, en aucune façon subordonnées les uns aux autres sur quelque aspect de leurs affaires internes ou extérieures, il semble réellement peu probable que le Parlement du Royaume-Uni se mette à légiférer pour le territoire d'un de ces dominions, à moins qu'il soit expressément déclaré dans l'Acte que ce Dominion a demandé l'adoption du projet de loi

et y consente. Et si le Royaume-Uni et les Dominions ont un statut égal et ne sont en aucune façon subordonnés les uns aux autres sur quelque aspect de leurs affaires internes ou extérieures, la disposition de l'art. 92 de l'Acte de 1867 portant que dans chaque province la législature a le pouvoir exclusif de faire des lois relatives à l'amendement de temps à autre de sa constitution, sauf les dispositions relatives à la charge de lieutenant-gouverneur, ne semble-t-elle pas indiquer que les chambres du Parlement du Dominion n'auraient pas compétence pour demander l'adoption de lois qui pourraient étendre ou réduire l'autonomie législative provinciale ou y consentir? Il est vrai qu'il est prévu que l'un des paragraphes du Statut de Westminster déclare que rien dans cette loi ne doit être considéré comme se rapportant à l'abrogation ou à la modification des Actes de l'Amérique du Nord britannique, 1867 à 1930, ou d'un arrêté, statut ou règlement quelconque édicté en vertu desdits actes; mais la déclaration faite à la Conférence impériale prétend être un énoncé de la position constitutionnelle reconnue et, si c'est effectivement le cas, faut-il ajouter quelque chose pour qu'il soit clair que la constitution des provinces peut seulement être modifiée ou touchée par les provinces elles-mêmes?

L'article 92 exclut la compétence fédérale à cet égard, et la déclaration de 1926 semble effectivement faire état d'une position constitutionnelle qui empêche l'intervention à leur sujet de tout autre parlement auquel elles ne seraient aucunement subordonnées.

Le Statut de Westminster a donné une reconnaissance législative au statut souverain indépendant du Canada en tant que nation. Toutefois, quoique le Canada en tant que nation ait été reconnu comme souverain, le gouvernement de la nation restait de type fédéral et le Parlement fédéral n'a pas acquis seul le contrôle complet de l'exercice de cette souveraineté. Une interprétation possible de l'art. 2 du Statut de Westminster, pris isolément serait de donner ce contrôle au Parlement fédéral, mais l'adoption de l'art. 7, sur l'instance des provinces, visait à empêcher que le Parlement fédéral n'exerce ce pouvoir. Le paragraphe 7(3) en particulier reconnaît explicitement le maintien de la division des pouvoirs

créée par l'A.A.N.B. Les pouvoirs conférés au Parlement du Canada par le Statut de Westminster ne l'autorisent qu'à légiférer sur des questions qui sont de sa compétence.

Aux termes du par. 7(1), le Parlement impérial est demeuré l'instrument juridique d'adoption de modifications des A.A.N.B., 1867-1930. Ceci n'a nettement aucun effet sur la procédure existante qui a été utilisée pour obtenir la modification de l'A.A.N.B. La procédure par résolution qui, après 1895, a produit toutes les modifications constitutionnelles jusqu'en 1931, a été suivie pour toutes les modifications constitutionnelles adoptées depuis 1931.

Le procureur général du Canada a présenté un argument faussement simple à l'appui de la légalité de la résolution en question ici. Il a fait valoir que la résolution n'est pas une loi et qu'en conséquence, elle ne se prête pas à une détermination judiciaire et qu'en outre les deux chambres peuvent légalement passer toutes les résolutions qu'elles veulent. Le Parlement impérial a toute l'autorité légale voulue pour modifier l'A.A.N.B en adoptant une loi et son pouvoir à cet égard ne peut être mis en doute. Donc, si le Parlement impérial adopte une loi en réponse à une résolution du Sénat et de la Chambre des communes, il ne peut être question d'illégalité.

Toutefois, on a aussi soutenu que bien que le Parlement impérial ait toute l'autorité légale pour modifier l'A.A.N.B., il existe une convention "ferme et fixe" que pareille modification ne sera adoptée qu'en réponse à une résolution des deux chambres en ce sens et, en outre, qu'il adoptera toutes les modifications de l'A.A.N.B. ainsi demandées.

En définitive, si l'on se penche sur le processus du point de vue du fond plutôt que de la forme, on affirme en fait que le Sénat et la Chambre des communes ont le pouvoir de faire adopter toutes les modifications de l'A.A.N.B. qu'ils veulent, même si elles suppriment, sans le consentement provincial, des pouvoirs législatifs que l'A.A.N.B. accorde aux provinces.

A l'appui de la proposition que les résolutions sont des questions de procédure parlementaire interne qui ne se prêtent pas à une détermination judiciaire, on a cité deux auteurs britanniques. Dans son Introduction to the Study of the Law of the Constitution (10^e éd.), Dicey déclare aux pp. 54 et 55 que la résolution des chambres n'est pas une loi et que chaque chambre a la complète maîtrise de sa propre procédure. Dans Parliamentary Practice (18^e éd.) à la p. 195, May confirme la règle que chaque chambre a compétence exclusive sur sa propre procédure interne.

Quand des autorités anglaises, tels Dicey et May, traitent du pouvoir des chambres du Parlement d'adopter des résolutions et de leur effet, elles envisagent les résolutions des chambres du Parlement dans un état unitaire. Aux termes de la constitution britannique, la seule limite du pouvoir du Parlement est qu'il doit exprimer son autorité par des lois. Une "modification constitutionnelle" en vertu de la constitution britannique peut être adoptée par des lois normales. En conséquence, ces autorités ne sont d'aucune utilité pour fixer les limites, le cas échéant, du pouvoir d'un ordre de gouvernement dans un état fédéral relativement à l'utilisation d'une procédure de modification acceptée pour réduire les pouvoirs de l'autre ordre législatif. La résolution en cause ici n'est pas une question de procédure interne. On reconnaît

qu'une résolution du Sénat et de la Chambre des communes constitue un moyen de s'adresser au Parlement impérial pour qu'il légifère pour effectuer une modification constitutionnelle.

Selon le procureur général, le pouvoir du Sénat et de la Chambre des communes d'adopter des résolutions de tous genres et de les utiliser à toutes fins est reconnu par l'art. 18 de l'A.A.N.B. et l'art. 4 de la Loi sur le Sénat et la Chambre des communes, S.R.C. 1970, chap. S-8. L'article 18 de l'A.A.N.B. prévoit:

18. Les privilèges, immunités et pouvoirs que posséderont et exerceront le Sénat et la Chambre des Communes et les membres de ces corps respectifs, seront ceux prescrits de temps à autre par acte du Parlement du Canada; mais de manière à ce qu'aucun acte du Parlement du Canada définissant tels privilèges, immunités et pouvoirs ne donnera aucuns privilèges, immunités ou pouvoirs excédant ceux qui, lors de la passation du présent acte, sont possédés et exercés par la Chambre des Communes du Parlement du Royaume-Uni de la Grande-Bretagne et d'Irlande et par les membres de cette Chambre.

Le texte actuel de l'article 18 a été adopté par l'Acte du Parlement du Canada, 1875, pour remplacer l'art. 18 de l'A.A.N.B., 1867. La rédaction différente des deux articles n'est pas pertinente à la question en litige ici.

L'article 18 ne crée ni ne reconnaît en lui-même l'existence des privilèges, immunités et pouvoirs du Sénat et de la Chambre des communes. Il prévoit que leurs privilèges, immunités et pouvoirs seront ceux prescrits de temps à autre par acte du Parlement du Canada, sous réserve que le Parlement ne pourra par une loi donner au Sénat ou à la Chambre des communes des privilèges, immunités ou pouvoirs qui excèdent

ceux que possède la Chambre des communes du Parlement du Royaume-Uni. Le Parlement ne peut attribuer des pouvoirs législatifs à ses deux chambres. En outre, parce qu'à la différence du Parlement du Royaume-Uni, l'étendue du pouvoir de légiférer du Parlement est limitée, il ne peut attribuer au Sénat et à la Chambre des communes des pouvoirs qu'il ne possède pas lui-même.

Dans l'exercice des pouvoirs que lui a accordé l'art. 18 de l'A.A.N.B., le Parlement du Canada a adopté en 1868 un Acte pour définir les privilèges, immunités et attributions du Sénat et de la Chambre des communes, S.C. 1868, chap. 23. Les articles 1 et 2 de cet acte prévoit ce qui suit:

1. Le Sénat et la Chambre des Communes, respectivement, ainsi que les membres de ces corps, posséderont et exerceront les mêmes privilèges, immunités et attributions que ceux possédés et exercés, à l'époque de la passation de l'acte de l'Amérique Britannique du Nord, 1867, par la Chambre des Communes du parlement du Royaume-Uni de la Grande-Bretagne et d'Irlande, et par ses membres, en tant qu'ils ne sont pas incompatibles avec l'acte ci-haut cité.

2. Ces privilèges, immunités et attributions seront censés former partie et formeront partie de la loi générale et publique du Canada, et il ne sera pas nécessaire de les alléguer spécialement, mais il devra en être judiciairement pris connaissance par tous les tribunaux et par tous les juges en Canada.

Les dispositions essentielles de ces deux articles ont été reprises dans les lois ultérieures. On les retrouve actuellement aux art. 4 et 5 de la Loi sur le Sénat et la Chambre des communes, S.R.C. 1970, chap. S-8:

4. Le Sénat et la Chambre des communes, respectivement, ainsi que leurs membres respectifs, possèdent et exercent

a) les mêmes privilèges, immunités et attributions que possédaient et exerçaient

lorsque a été voté l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867, la Chambre des communes du Parlement du Royaume-Uni, ainsi que ses membres, dans la mesure où ils ne sont pas incompatibles avec ladite loi; et

b) les privilèges, immunités et attributions qui sont de temps à autre définis par une loi du Parlement du Canada, n'excédant pas ceux que possédaient et exerçaient, respectivement, à la date de cette loi, la Chambre des communes du Parlement du Royaume-Uni et ses membres.

5. Ces privilèges, immunités et attributions font partie de la loi générale et publique du Canada, et il n'est pas nécessaire de les alléguer spécialement, mais tous les tribunaux et tous les juges du Canada doivent en prendre judiciairement connaissance.

Le Parlement n'a pas conféré au Sénat et à la Chambre des communes tous les privilèges, immunités et attributions que possédait et exerçait la Chambre des communes du Royaume-Uni, mais les leur a seulement conférés "dans la mesure où ils ne sont pas incompatibles avec ladite loi", c'est-à-dire l'A.A.N.B., 1867. Il reconnaît ainsi que certaines attributions que possède la Chambre des communes du Royaume-Uni peuvent ne pas être compatibles avec les dispositions de l'A.A.N.B.

A notre avis, cette très importante restriction tient compte du fait que, tandis que la Chambre des communes du Royaume-Uni est l'une des chambres du Parlement d'un état unitaire, le Sénat et la Chambre des communes canadiens sont les chambres d'un parlement d'un état fédéral, dont les pouvoirs ne sont pas totaux, mais précisément limités par la loi qui l'a créé.

Afin d'adopter la résolution actuellement en cause, le Sénat et la Chambre des communes doivent prétendre exercer une attribution. On doit en trouver la source à l'al. 4a) de la Loi sur le Sénat et la Chambre des communes, puisqu'aucune

autre loi n'a été adoptée jusqu'à ce jour, à part cet alinéa, qui définit effectivement les privilèges, immunités et attributions des deux chambres du Parlement. La résolution dont nous sommes saisis a été adoptée dans le but de faire modifier l'A.A.N.B., modification dont il est admis que l'effet est de réduire les pouvoirs législatifs provinciaux aux termes de l'art. 92 de l'A.A.N.B. A notre avis, ce pouvoir n'est pas compatible avec l'A.A.N.B., il lui est opposé. C'est un pouvoir qui est en rupture avec le fondement même de l'A.A.N.B. Par conséquent, vu les limitations que l'al. a) de l'art. 4 contient, il ne confère pas ce pouvoir. Le Sénat et la Chambre des communes prétendent exercer un pouvoir qu'ils ne possèdent pas.

L'effet de la position adoptée par le procureur général du Canada est que les deux chambres du Parlement ont un contrôle total sur le déclenchement d'un mécanisme par lequel ils peuvent faire modifier l'A.A.N.B. à leur gré. On a carrément concédé au cours des plaidoiries qu'il n'y avait pas de limites aux genres de modifications ainsi concevables. A notre avis, il découle en substance de cet argument que, depuis au plus tard 1931, les provinces ne doivent pas leur existence continue à leur pouvoir constitutionnel exprimé dans l'A.A.N.B., mais à la tolérance du Parlement fédéral. Quoique le Parlement fédéral ait été pendant cette période incompétent pour légiférer sur les matières attribuées aux provinces par l'art. 92, ses deux chambres pouvaient à tout moment le faire au moyen d'une résolution adressée au Parlement impérial, qui viendrait modifier l'A.A.N.B.

En somme, le procureur général du Canada affirme que

les deux chambres du Parlement détiennent un pouvoir de demander des modifications de l'A.A.N.B. qui pourraient bouleverser et même détruire le régime fédéral de gouvernement constitutionnel du Canada. Nous ne connaissons pas de sources juridiques possibles de ce pouvoir. La Chambre des communes et le Sénat font partie du Parlement du Canada. L'article 17 de l'A.A.N.B. énonce qu'il "y aura, pour le Canada, un parlement qui sera composé de la Reine, d'une Chambre haute appelée le Sénat, de la Chambre des communes". Aux termes de l'art. 91 de l'A.A.N.B., les lois sont adoptées par la Reine, de l'avis et du consentement du Sénat et de la Chambre des communes. Ces deux éléments du Parlement ne peuvent d'eux-mêmes adopter des lois, et le Parlement ne pourrait leur conférer des pouvoirs plus grand que ceux qu'il possède lui-même.

Le procureur général du Canada prétend qu'étant donné que le par. 7(1) du Statut laisse l'abrogation ou la modification des Actes de l'Amérique du Nord britannique, 1867 à 1930 dans les mains du Parlement impérial, rien n'empêche les deux chambres du Parlement de demander une modification en la forme qu'elles désirent. Cet argument signifie que les deux chambres du Parlement peuvent accomplir indirectement, par l'intervention du Parlement impérial, ce que le Parlement du Canada est lui-même incapable de faire. A notre avis, les deux chambres n'ont pas l'autorité voulue, de leur propre chef, pour obtenir des modifications constitutionnelles qui toucheraient au fondement même du régime fédéral canadien, c'est-à-dire la division complète des pouvoirs législatifs entre le Parlement du Canada et les législatures provinciales. Il incombe à cette Cour d'examiner cette revendication de droits dans l'optique de la préservation de la Constitution.

Dès l'origine, cette Cour s'est activement penchée sur la constitutionnalité des lois tant fédérales que provinciales. Son rôle s'est généralement étendu à l'interprétation des termes exprès de l'A.A.N.B. Toutefois, à l'occasion, cette Cour a eu à examiner des questions pour lesquelles l'A.A.N.B. n'offrait aucune réponse. Dans chaque cas, elle a rejeté la revendication de pouvoir qui porterait atteinte aux principes fondamentaux de la Constitution.

Dans l'arrêt Amax Potash Limited et autres c. Le gouvernement de la Saskatchewan, [1977] 2 R.C.S. 576, la demanderesse cherchait à faire déclarer ultra vires des articles de The Mineral Taxation Act, R.S.S. 1965, chap. 64 et des règlements adoptés en vertu de cette loi et à recouvrer des montants payés à titre de taxes en vertu des règlements. Le gouvernement de la Saskatchewan a contesté que ces articles fussent ultra vires, mais a également prétendu qu'il n'y avait pas de cause d'action puisque le par. 5(7) de The Proceedings against the Crown Act, R.S.S. 1965, chap. 87, empêchait de recouvrer les fonds payés à la Couronne. La partie pertinente du par. 5(7) prévoit:

[TRADUCTION] 5.(7) On ne peut exercer aucun recours contre la Couronne en vertu du présent ou de tout autre article de la Loi au regard d'actes ou d'omissions commis ou ayant apparemment été commis dans l'exercice d'un pouvoir conféré ou censé avoir été conféré à la Couronne en vertu d'une loi ou d'une disposition législative qui excédait, excède ou pourrait excéder la compétence de la Législature.

Dans ses motifs, le juge Dickson, qui a rendu le jugement de la Cour, déclare à la p. 590:

On dit qu'un État est souverain et qu'il n'appartient pas aux tribunaux de juger de la raison d'être ni de la sagesse de la volonté expresse du législateur. En tant que déclaration de principe, c'est indubitablement exact, mais dans un État fédéral, le principe général doit céder devant les exigences de la constitution qui définit les limites de la souveraineté et de la suprématie. Les tribunaux ne mettront pas en doute la sagesse des textes législatifs qui, aux termes de la Constitution canadienne, relèvent de la compétence des législatures, mais une des hautes fonctions de cette Cour est de s'assurer que les législatures n'outrepassent pas les limites de leur mandat constitutionnel et n'exercent pas illégalement certains pouvoirs. La Saskatchewan et l'Alberta ont fait savoir à cette Cour que les notions de justice et d'équité ne sont pas pertinentes en l'espèce. S'il en résulte une injustice, c'est à l'électorat qu'il appartient de la corriger et non aux tribunaux. Apparemment les deux provinces ne trouvent rien d'incohérent ni d'anormal à interdire à un sujet de recouvrer des sommes d'argent payées sous protêt à la Couronne en exécution d'une loi subséquemment jugée ultra vires.

A mon avis, le par. 5(7) de The Proceedings against the Crown Act va beaucoup plus loin que de simplement accorder une immunité à la Couronne. Dans le présent contexte, il touche directement au droit de lever des impôts. Par conséquent, il touche à la répartition des pouvoirs prévue à l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867. Il soulève également la question du droit d'une province, ou même du Parlement fédéral, de violer la constitution canadienne. Il est évident que si le Parlement fédéral ou une législature provinciale peuvent imposer des impôts en outrepassant leurs pouvoirs et se donner à cet égard une immunité par le biais d'une loi existante ou ex post facto, ils pourraient ainsi se placer dans la même situation que s'ils avaient agi en vertu de leurs pouvoirs constitutionnels respectifs. Refuser la restitution de revenus perçus sous la contrainte en vertu d'une loi ultra vires revient à permettre à la législature provinciale de faire indirectement ce qu'elle ne peut faire directement, et imposer des obligations illégales par des moyens détournés.

Dans l'affaire British Columbia Power Corporation

Limited c. British Columbia Electric Company Limited, [1962]

R.C.S. 642, cette Cour devait décider si on pouvait rendre une ordonnance de séquestre pour administrer des biens en attendant que soit rendue une décision sur la constitutionnalité de certaines lois de la Colombie-Britannique; l'issue du litige

devait déterminer si la Couronne avait un droit sur les actions ordinaires de British Columbia Electric Company Limited que la loi lui donnait.

On a prétendu qu'une ordonnance de séquestre ne pouvait être rendue en vertu de la prérogative d'immunité de la Couronne. Voici ce que le juge en chef Kerwin, qui a rendu le jugement de la Cour, déclare aux pp. 644 et 645:

[TRADUCTION] A mon avis, dans un système fédératif où l'autorité législative se divise, comme les prérogatives de la Couronne, entre le Dominion et les provinces, il n'est pas permis à la Couronne, du chef du Canada ou d'une province, de réclamer une immunité fondée sur un droit dans certaine propriété, lorsque ce droit dépend entièrement et uniquement de la validité de la législation qu'elle a elle-même passée, s'il existe un doute raisonnable quant à la validité constitutionnelle de cette législation. Lui permettre d'agir ainsi serait lui permettre, par l'exercice de droits en vertu d'une législation qui excède ses pouvoirs, d'obtenir le même résultat que si cette législation était valide. Dans un système fédératif, il me semble qu'en pareille circonstance, le tribunal a la même compétence pour préserver des biens dont le titre dépend de la validité d'une législation que pour établir la validité de la législation elle-même.

Dans The Attorney General of Nova Scotia v. The Attorney General of Canada, [1951] R.C.S. 31, la Cour devait examiner la validité de lois qui envisageaient une délégation de pouvoirs législatifs de la législature provinciale au Parlement du Canada et du Parlement à la législature provinciale. Le juge en chef Rinfret déclare à la p. 34:

[TRADUCTION] La Constitution du Canada n'appartient ni au Parlement, ni aux législatures; elle appartient au pays. C'est en elle que les citoyens de ce pays trouveront la protection des droits auxquels ils peuvent prétendre. Le fait que le Parlement ne peut légiférer que sur les sujets que lui assigne l'article 91, et que chaque province peut

légiférer exclusivement sur les matières que lui assigne l'article 92, fait partie de cette protection. Les Canadiens sont fondés à exiger que seul le Parlement du Canada adopte des lois en vertu de l'article 91, de même que la population de chaque province est fondée à exiger que la législation portant sur les matières qu'énumère l'article 92 provienne exclusivement de la législature de celle-ci. Dans chaque cas, les députés élus au Parlement ou aux législatures sont les seuls auxquels on a confié le pouvoir et le devoir de légiférer en ce qui concerne les sujets que l'Acte constitutionnel a attribués à titre exclusif à chacun d'entre eux.

Ni l'article 91 ni l'article 92 ne formule un quelconque pouvoir de délégation, de même qu'en vérité, c'est en vain que l'on y rechercherait un quelconque pouvoir pour l'un de ces organes d'accepter une délégation de l'autre; il ne fait aucun doute pour moi que, si l'on avait eu l'intention de conférer de tels pouvoirs, on l'aurait exprimé en termes clairs et non équivoques. Dans le plan d'ensemble de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, il devait y avoir, selon les termes de lord Atkin dans le Renvoi relatif aux conventions de travail ([1937] A.C. 326), "des compartiments étanches, parties essentielles de sa structure première".

Aucun des organes législatifs, qu'il soit fédéral ou provincial, ne possède la moindre parcelle des pouvoirs dont l'autre est investi, et il ne peut en recevoir par la voie d'une délégation. A cet égard, le mot "exclusivement", employé aussi bien à l'article 91 qu'à l'article 92, établit une ligne de démarcation nette, et il n'appartient ni au Parlement ni aux législatures de se conférer des pouvoirs les uns aux autres.

Dans le Renvoi relatif aux lois de l'Alberta, [1938] R.C.S. 100, la Cour a notamment examiné la constitutionnalité de The Accurate News and Information Act qui imposait certains devoirs de publication aux journaux publiés en Alberta. Le juge en chef Duff (avec qui le juge Davis était d'accord) y parle du droit à la discussion publique et de l'autorité du Parlement pour le protéger, et déclare aux pp. 133 et 134:

[TRADUCTION] Cette compétence repose sur le principe que les pouvoirs indispensables à la protection de la Constitution elle-même découlent par déduction nécessaire de l'Acte de

l'Amérique du Nord britannique pris dans son ensemble (Fort Frances Pulp & Power Co. Ltd. v. Manitoba Free Press Co. Ltd., [1923] A.C. 695) et, puisque la matière au sujet de laquelle le pouvoir est exercé n'est pas exclusivement une matière provinciale, elle appartient nécessairement au Parlement.

On peut noter que dans les cas susmentionnés, les principes et doctrines juridiques élaborés par le judiciaire ont plusieurs points communs. Premièrement, aucun ne figure dans les dispositions expresses des Actes de l'Amérique du Nord britannique ni dans d'autres textes constitutionnels. Deuxièmement, on a considéré qu'ils représentent tous des exigences constitutionnelles découlant du caractère fédéral de la Constitution du Canada. Troisièmement, on leur a accordé à tous un plein effet juridique, c'est-à-dire qu'on les a utilisés pour faire annuler des textes de loi. Quatrièmement, ils ont tous été élaborés par le judiciaire pour répondre à une initiative législative particulière à l'égard de laquelle on pourrait dire, comme le fait le juge Dickson dans l'affaire Amax (précitée) à la p. 591, que: "La jurisprudence en droit constitutionnel canadien n'a jamais traité directement de cette question ...".

Les décisions examinées ci-dessus sont toutes des arrêts de cette Cour. Nous avons déjà parlé de l'arrêt du Conseil privé dans l'affaire des Conventions de travail qui, à notre avis, apporte par analogie une aide précieuse pour résoudre le litige soumis à la Cour. Le procureur général du Canada y faisait valoir que le pouvoir du gouvernement fédéral de conclure des traités au nom d'un Canada souverain permettait au Parlement fédéral de légiférer conformément aux obligations contractées aux termes d'un traité. Le Conseil privé a rejeté cette prétention et décidé que le Parlement fédéral ne bénéficiait pas d'une compétence législative plus grande du fait de

l'accession du Canada à la souveraineté. Le Parlement fédéral n'était pas investi d'une autorité législative additionnelle à cause des engagements qu'il avait pris aux termes d'un traité international.

Le procureur général du Canada prétend en l'espèce que seul le Parlement fédéral peut parler au nom du Canada en tant qu'état souverain. Selon la pratique de modification de l'A.A.N.B. qui s'est développée, seules les chambres du Parlement peuvent prier le Parlement impérial de modifier l'A.A.N.B. et, aux termes d'une convention ferme et fixe, ce dernier doit s'y conformer. Rien, prétend-on, n'empêche donc juridiquement de soumettre au Parlement impérial par une résolution des deux chambres une demande de modification de l'A.A.N.B. qui a un effet sur la division fondamentale des pouvoirs législatifs enchâssés dans l'A.A.N.B.

A notre avis, l'accession du Canada au statut souverain international ne permet pas au Parlement fédéral, dont l'autorité législative est limitée aux matières définies à l'art. 91 de l'A.A.N.B., de faire unilatéralement, au moyen d'une résolution de ses deux chambres, une modification de l'A.A.N.B. qui serait contraire au principe fondamental de la division des pouvoirs créée par cet Acte. La revendication de ce droit, qui n'a jamais été tentée auparavant, est non seulement contraire au régime fédéral créé par l'A.A.N.B., mais va également à l'encontre de l'objectif visé par l'art. 7 du Statut de Westminster.

On peut résumer en ces termes la position fédérale en l'espèce. Bien que le Parlement fédéral n'ait pas l'autorité voulue pour atteindre les objectifs énoncés dans la résolution

en adoptant lui-même une loi, il peut échapper à cette limitation de son autorité en la faisant adopter par le Parlement impérial sur l'ordre d'une résolution des deux chambres du Parlement fédéral. Le Parlement fédéral tente ainsi d'accomplir indirectement ce que juridiquement il ne peut faire directement, en détournant vers une fin illégale le mode normal de résolution utilisé pour obtenir du Parlement impérial l'adoption de modifications constitutionnelles. A notre avis, puisque l'adoption d'une telle modification excède le pouvoir du Parlement fédéral, il est également hors du pouvoir de ses deux chambres de le faire par l'intermédiaire du Parlement impérial.

Nous faisons nôtre l'opinion exprimée par le très honorable Louis St-Laurent, alors premier ministre du Canada, le 31 janvier 1949, lorsqu'il dit au cours du débat sur l'adresse:

Quant aux questions confiées par la constitution aux gouvernements provinciaux, il est impossible au Parlement fédéral de les leur retirer. Notre compétence ne s'étend pas à ce qui a été confié exclusivement aux provinces. Nous ne pouvons demander que soit modifié quelque chose qui échappe à notre juridiction, qui elle, ne porte que sur les questions qui nous sont expressément confiées. Nous pouvons demander que soit modifiée la façon de nous occuper de ces questions-là.

(Débats, Chambre des communes, 1949, vol. 1, à la p. 87.)

Ce passage définit clairement l'étendue du pouvoir du Parlement fédéral de demander de son propre chef des modifications de l'A.A.N.B. Il est limité aux matières que l'A.A.N.B. lui a attribué.

CONCLUSIONS:

L'A.A.N.B. a créé une union fédérale. Il est de l'essence même de la nature fédérale de la Constitution que le

Parlement du Canada et les législatures des provinces aient des pouvoirs législatifs distincts. Le Conseil privé s'est prononcé sur la nature des pouvoirs législatifs des provinces aux termes de l'art. 92 et sur le statut des législatures provinciales dans les arrêts Hodge et Maritime Bank (précités). Nous reprenons la déclaration de lord Watson dans cette dernière affaire à la p. 442:

[TRADUCTION] Le but de l'Acte n'était pas de fusionner les provinces en une seule ni de subordonner les gouvernements provinciaux à une autorité centrale, mais de créer un gouvernement fédéral dans lequel elles seraient toutes représentées et auquel serait confiée de façon exclusive l'administration des affaires dans lesquelles elles avaient un intérêt commun, chaque province conservant son indépendance et son autonomie.

Le maintien de la division fondamentale des pouvoirs législatifs a été reconnu au par. 7(3) du Statut de Westminster. Le Parlement du Canada n'a pas le pouvoir d'empiéter sur le domaine des pouvoirs législatifs conférés aux législatures provinciales. Le but de l'art. 7 du Statut était de protéger les pouvoirs législatifs provinciaux des atteintes possibles du Parlement fédéral compte tenu des pouvoirs que le Statut lui conférait.

La reconnaissance du statut du Canada en tant qu'état souverain n'a pas modifiée sa nature fédérale. C'est un état souverain, mais son gouvernement est de type fédéral avec une division nette des pouvoirs législatifs. La résolution en cause ici pourrait seulement constituer une expression réelle de la souveraineté canadienne si elle avait l'appui des deux ordres de gouvernement.

Les deux chambres du Parlement canadien revendiquent le pouvoir d'effectuer unilatéralement une modification de

l'A.A.N.B. qu'elles désirent, y compris la réduction des pouvoirs législatifs provinciaux. Ceci attaque à la base l'ensemble du régime fédéral. Ainsi on affirme le droit d'une partie du régime gouvernemental canadien de réduire les pouvoirs de l'autre partie sans son consentement.

L'exercice de ce pouvoir ne repose sur aucun fondement législatif. Au contraire, les pouvoirs qu'accorde au Sénat et à la Chambre des communes l'al. 4a) de la Loi sur le Sénat et la Chambre des communes, excluent le pouvoir d'agir de façon incompatible avec l'A.A.N.B. L'exercice de ce pouvoir n'a aucun appui dans une convention constitutionnelle. La convention constitutionnelle va totalement en sens contraire. Nous ne voyons aucun autre fondement de la reconnaissance de l'existence de ce pouvoir. Ceci étant, il appartient à cette Cour, à qui il incombe de protéger et de préserver la Constitution canadienne, de déclarer que ce pouvoir n'existe pas. Nous sommes donc d'avis que la Constitution canadienne ne confère pas au Sénat et à la Chambre des communes le pouvoir de faire modifier la Constitution canadienne relativement aux pouvoirs législatifs provinciaux sans le consentement des provinces.

La question B du renvoi du Québec soulève le point de savoir si le Sénat et la Chambre des communes du Canada sont habilités à faire modifier la Constitution canadienne "sans l'assentiment des provinces et malgré l'objection de plusieurs d'entre elles". Lorsque le procureur général de la Saskatchewan a traité de la question 3 des renvois du Manitoba et de Terre-Neuve, il a fait valoir qu'il n'était pas nécessaire dans ces procédures que la Cour statue sur la nécessité

du consentement unanime de toutes les provinces aux modifications constitutionnelles proposées dans la résolution. Il suffisait pour répondre à la question de souligner l'opposition de huit provinces qui regroupent une majorité de la population du Canada.

Nous sommes d'avis de répondre à la question B par la négative. Nous sommes d'avis de répondre à la question 3 des renvois du Manitoba et de Terre-Neuve par l'affirmative sans décider pour l'instant si le consentement y mentionné doit être unanime.

IN THE MATTER of an Act for expediting
the decision of constitutional and
other provincial questions, being
R.S.M. 1970, c. C-180

AND IN THE MATTER of a Reference pursuant
thereto by the Lieutenant Governor in
Council to the Court of Appeal for Manitoba
for hearing and consideration, the questions
concerning the amendment of the Constitution
of Canada as set out in Order in Council
No. 1020/80

THE ATTORNEY GENERAL OF MANITOBA

(Appellant)

-and-

THE ATTORNEY GENERAL OF QUEBEC
THE ATTORNEY GENERAL OF NOVA SCOTIA
THE ATTORNEY GENERAL OF BRITISH COLUMBIA
THE ATTORNEY GENERAL OF PRINCE EDWARD ISLAND
THE ATTORNEY GENERAL OF SASKATCHEWAN
THE ATTORNEY GENERAL OF ALBERTA
THE ATTORNEY GENERAL OF NEWFOUNDLAND
FOUR NATIONS CONFEDERACY INC.

(Intervenors)

-v-

THE ATTORNEY GENERAL OF CANADA

(Respondent)

-and-

THE ATTORNEY GENERAL OF ONTARIO
THE ATTORNEY GENERAL OF NEW BRUNSWICK

(Intervenors)

IN THE MATTER of Section 6 of
The Judicature Act, R.S.N. 1970,
c. 187 as amended,

AND IN THE MATTER OF a Reference by the
Lieutenant-Governor in Council concerning
the effect and validity of the amendments
to the Constitution of Canada sought in
the 'Proposed Resolution for a Joint
Address to Her Majesty The Queen respecting
the Constitution of Canada'

THE ATTORNEY GENERAL OF CANADA

(Appellant)

-and-

THE ATTORNEY GENERAL OF ONTARIO
THE ATTORNEY GENERAL OF NEW BRUNSWICK

(Intervenors)

-v-

THE ATTORNEY GENERAL OF NEWFOUNDLAND

(Respondent)

-and-

THE ATTORNEY GENERAL OF QUEBEC
THE ATTORNEY GENERAL OF NOVA SCOTIA
THE ATTORNEY GENERAL OF MANITOBA
THE ATTORNEY GENERAL OF BRITISH COLUMBIA
THE ATTORNEY GENERAL OF PRINCE EDWARD ISLAND
THE ATTORNEY GENERAL OF SASKATCHEWAN
THE ATTORNEY GENERAL OF ALBERTA
FOUR NATIONS CONFEDERACY INC.

(Intervenors)

AND IN THE MATTER of a Reference to
the Court of Appeal of Quebec relative
to a draft Resolution containing a
joint address to Her Majesty The Queen
concerning the Constitution of Canada

THE ATTORNEY GENERAL OF QUEBEC

(Appellant/Respondent)

-and-

THE ATTORNEY GENERAL OF CANADA

(Respondent/Appellant)

-and-

THE ATTORNEY GENERAL FOR MANITOBA
THE ATTORNEY GENERAL OF BRITISH COLUMBIA
THE ATTORNEY GENERAL OF PRINCE EDWARD ISLAND
THE ATTORNEY GENERAL OF ALBERTA
THE ATTORNEY GENERAL OF NOVA SCOTIA
THE ATTORNEY GENERAL OF SASKATCHEWAN
FOUR NATIONS CONFEDERACY INC.

(Intervenors supporting the
Attorney General of Quebec)

-and-

THE ATTORNEY GENERAL OF ONTARIO
THE ATTORNEY GENERAL OF NEW BRUNSWICK

(Intervenors supporting the
Attorney General of Canada)

CORAM: The Chief Justice and Martland, Ritchie, Dickson, Beetz,
Estey, McIntyre, Chouinard and Lamer JJ.

MARTLAND, RITCHIE, DICKSON, BEETZ, CHOUINARD and LAMER JJ.:

The second question in the Manitoba Reference¹ and Newfoundland Reference² is the same:

2. Is it a constitutional convention that the House of Commons and Senate of Canada will not request Her Majesty the Queen to lay before the Parliament of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland a measure to amend the Constitution of Canada affecting federal-provincial relationships or the powers, rights or privileges granted or secured by the Constitution of Canada to the provinces, their legislatures or governments without first obtaining the agreement of the provinces?

As for question B in the Quebec Reference, it reads in part as follows:

Translation

B. Does the Canadian Constitution empower ... by ... convention ... the Senate and the House of Commons of Canada to cause the Canadian Constitution to be amended without the consent of the provinces and in spite of the objection of several of them, in such a manner as to affect:

(i) the legislative competence of the provincial legislatures in virtue of the Canadian Constitution?

(ii) the status or role of the provincial legislatures or governments within the Canadian Federation?

In these questions, the phrases "Constitution of Canada" and "Canadian Constitution" do not refer to matters of interest only to the federal government or federal juristic unit. They are clearly meant in a broader sense and embrace the global system of rules and principles which govern the exercise of constitutional authority in the whole and

1 Reference re Amendment of the Constitution of Canada [1981] 117 D.L.R. (3d) 1.

2 Reference re Amendment of the Constitution of Canada [1981] 118 D.L.R. (3d) 1.

in every part of the Canadian State. They will be used in the same broad sense in these reasons.

The meaning of the second question in the Manitoba and Newfoundland References calls for further observations.

As will be seen later, Counsel for several provinces strenuously argued that the convention exists and requires the agreement of all the provinces. However, we did not understand any of them to have taken the position that the second question in the Manitoba and Newfoundland References should be dealt with and answered as if the last part of the question read

... without obtaining the agreement of all the provinces?

Be that as it may, the question should not in our view be so read.

It would have been easy to insert the word "all" into the question had it been intended to narrow its meaning. But we do not think it was so intended. The issue raised by the question is essentially whether there is a constitutional convention that the House of Commons and Senate of Canada will not proceed alone. The thrust of the question is accordingly on whether or not there is a conventional requirement for provincial agreement, not on whether the agreement should be unanimous assuming that it is required. Furthermore, this manner of reading the question is more in keeping with the wording

of question B in the Quebec Reference which refers to something less than unanimity when it says:

... without the consent of the provinces and in spite of the objection of several of them ...

If the questions are thought to be ambiguous, this Court should not, in a constitutional reference, be in a worse position than that of a witness in a trial and feel compelled simply to answer Yes or No. Should it find that a question might be misleading, or should it simply wish to avoid the risk of misunderstanding, the Court is free either to interpret the question as in *Re: Authority of Parliament in relation to the Upper House (the Senate Reference)*,³ or it may qualify both the question and the answer as in *Reference re Waters and Water Powers*.⁴

I - The nature of constitutional conventions

A substantial part of the rules of the Canadian Constitution are written. They are contained not in a single document called a Constitution but in a great variety of statutes some of which have been enacted by the Parlia-

3 [1980] 1 S.C.R. 54 at p. 59.

4 [1929] S.C.R. 200.

ment of Westminster, such as the *British North America Act 1867*,⁵ (the *B.N.A. Act*) or by the Parliament of Canada, such as *The Alberta Act*,⁶ *The Saskatchewan Act*,⁷ the *Senate and House of Commons Act*,⁸ or by the provincial legislatures, such as the provincial electoral acts. They are also to be found in orders in council like the Imperial Order in Council of May 16, 1871 admitting British Columbia into the Union, and the Imperial Order in Council of June 26, 1873, admitting Prince Edward Island into the Union.

Another part of the Constitution of Canada consists of the rules of the common law. These are rules which the courts have developed over the centuries in the discharge of their judicial duties. An important portion of these rules concerns the prerogative of the Crown. Sections 9 and 15 of the *B.N.A. Act* provide:

9. The Executive Government and authority of and over Canada is hereby declared to continue and be vested in the Queen.

15. The Commander-in-Chief of the land and Naval Militia, and of all Naval and Military Forces, of and in Canada, is hereby declared to continue and be vested in the Queen.

But the Act does not otherwise say very much with respect to the elements of "Executive Government and authority" and one must look at the common law to find out what they are, apart from authority delegated to the Executive

5 1867, 30 Vict. c. 3.

6 1905, 4-5 Edw. VII, c. 3.

7 1905, 4-5 Edw. VII, c. 42.

8 1970, R.S.C. c. S-8.

by statute.

The common law provides that the authority of the Crown includes for instance the prerogative of mercy or clemency⁹ and the power to incorporate by charter so as to confer a general capacity analogous to that of a natural person.¹⁰ The royal prerogative puts the Crown in a preferred position as a creditor¹¹ or with respect to the inheritance of lands for defect of heirs¹² or in relation to the ownership of precious metals¹³ and *bona vacantia*.¹⁴ It is also under the prerogative and the common law that the Crown appoints and receives ambassadors, declares war, concludes treaties and it is in the name of the Queen that passports are issued.

Those parts of the Constitution of Canada which are composed of statutory rules and common law rules are generically referred to as the law of the Constitution. In cases of doubt or dispute, it is the function of the courts to declare what the law is and since the law is sometimes breached, it is generally the function of the courts to ascertain whether it has in fact been breached in specific instances and, if so, to apply such sanctions as are contemplated by the law, whether they be punitive sanctions or civil sanctions such as a declaration of nullity. Thus, when a federal or a provincial statute is found by the courts to be in excess of the legislative competence of the legislature which has enacted it, it is declared null and void and the courts refuse to give effect to it. In this sense

9 Reference as to the effect of the exercise of the royal prerogative of mercy upon deportation proceedings [1933] S.C.R. 269.

10 Bonanza Creek Gold Mining Company Limited v. Rex [1916] 1 A.C. 566.

11 Liquidators of the Maritime Bank of Canada v. Receiver General of New Brunswick [1892] A.C. 437.

12 Attorney General of Ontario v. Mercer (1882-83) 8 App. Cas. 767.

13 Attorney General of British Columbia v. Attorney General of Canada [1889] 14 A.C. 295.

14 Rex v. Attorney General of British Columbia [1924] A.C. 213.

it can be said that the law of the Constitution is administered or enforced by the courts.

But many Canadians would perhaps be surprised to learn that important parts of the Constitution of Canada, with which they are the most familiar because they are directly involved when they exercise their right to vote at federal and provincial elections, are nowhere to be found in the law of the Constitution. For instance it is a fundamental requirement of the Constitution that if the Opposition obtains the majority at the polls, the Government must tender its resignation forthwith. But fundamental as it is, this requirement of the Constitution does not form part of the law of the Constitution.

It is also a constitutional requirement that the person who is appointed Prime Minister or Premier by the Crown and who is the effective head of the government should have the support of the elected branch of the legislature; in practice this means in most cases the leader of the political party which has won a majority of seats at a general election. Other ministers are appointed by the Crown on the advice of the Prime Minister or Premier when he forms or reshuffles his cabinet. Ministers must continuously have the confidence of the elected branch of the legislature, individually and collectively. Should they lose it, they must either resign or ask the Crown for a dissolution of the legislature and the holding of a general election. Most of the powers of the Crown under the prerogative are exercised only upon the advice of the Prime Minister or the Cabinet which means that they are effectively exercised by the latter, together with the innumerable statutory powers delegated to the Crown in council.

Yet none of these essential rules of the Constitution can be said to be a law of the Constitution. It was

apparently Dicey who, in the first edition of his *Law of the Constitution*, in 1885, called them "the conventions of the constitution",¹⁵ an expression which quickly became current. What Dicey described under these terms are the principles and rules of responsible government, several of which are stated above and which regulate the relations between the Crown, the Prime Minister, the Cabinet and the two Houses of Parliament. These rules developed in Great Britain by way of custom and precedent during the nineteenth century and were exported to such British colonies as were granted self-government.

Dicey first gave the impression that constitutional conventions are a peculiarly British and modern phenomenon. But he recognized in later editions that different conventions are found in other constitutions. As Sir William Holdsworth wrote:

In fact conventions must grow up at all times and in all places where the powers of government are vested in different persons or bodies - where in other words there is a mixed constitution. "The constituent parts of a state," said Burke, [French Revolution, 28] "are we obliged to hold their public faith with each other, and with all those who derive any serious interest under their engagements, as much as the whole state is bound to keep its faith with separate communities." Necessarily conventional rules spring up to regulate the working of the various parts of the constitution, their relations to one another, and to the subject.¹⁶

Within the British Empire, powers of government were vested in different bodies which provided a fertile ground for the growth of new constitutional conventions unknown to Dicey whereby self-governing colonies acquired equal and independent status within the Commonwealth. Many of these culminated in the *Statute of Westminster, 1931*.¹⁷

¹⁵ W.S. Holdsworth, *The conventions of the eighteenth century constitution*, (1932) 17 *Iowa Law Rev.* 161.

¹⁶ W.S. Holdsworth, *op. cit.* p. 162.

¹⁷ 22 Geo. V c.4.

A federal constitution provides for the distribution of powers between various legislatures and governments and may also constitute a fertile ground for the growth of constitutional conventions between those legislatures and governments. It is conceivable for instance that usage and practice might give birth to conventions in Canada relating to the holding of federal-provincial conferences, the appointment of lieutenant-governors, the reservation and disallowance of provincial legislation. It was to this possibility that Duff C.J.C. alluded when he referred to "constitutional usage or constitutional practice" in *Reference re The Power of the Governor General in Council to disallow provincial legislation and the Power of Reservation of the Lieutenant-Governor of a Province*.¹⁸ He had previously called them "recognized constitutional conventions" in *Wilson v. Esquimalt and Nanaimo Ry. Co.*¹⁹

The main purpose of constitutional conventions is to ensure that the legal framework of the Constitution will be operated in accordance with the prevailing constitutional values or principles of the period. For example, the constitutional value which is the pivot of the conventions stated above and relating to responsible government is the democratic principle: the powers of the state must be exercised in accordance with the wishes of the electorate; and the constitutional value or principle which anchors the conventions regulating the relationship between the members of the Commonwealth is the independence of the former British colonies.

Being based on custom and precedent, constitutional conventions are usually unwritten rules. Some of them however may be reduced to writing and expressed in the proceedings and documents of imperial conferences, or in the preamble of statutes such as the *Statute of Westminster, 1931*, or in the proceedings and documents of federal-provincial

18 [1938] S.C.R. 71 at p. 78.

19 [1922] 1 A.C. 202 at p. 210.

conferences. They are often referred to and recognized in statements made by members of governments.

The conventional rules of the Constitution present one striking peculiarity. In contradistinction to the laws of the Constitution, they are not enforced by the courts. One reason for this situation is that, unlike common law rules, conventions are not judge-made rules. They are not based on judicial precedents but on precedents established by the institutions of government themselves. Nor are they in the nature of statutory commands which it is the function and duty of the courts to obey and enforce. Furthermore, to enforce them would mean to administer some formal sanction when they are breached. But the legal system from which they are distinct does not contemplate formal sanctions for their breach.

Perhaps the main reason why conventional rules cannot be enforced by the courts is that they are generally in conflict with the legal rules which they postulate and the courts are bound to enforce the legal rules. The conflict is not of a type which would entail the commission of any illegality. It results from the fact that legal rules create wide powers, discretions and rights which conventions prescribe should be exercised only in a certain limited manner, if at all.

Some examples will illustrate this point.

As a matter of law, the Queen, or the Governor General or the Lieutenant-Governor could refuse assent to every bill passed by both Houses of Parliament or by a Legislative Assembly as the case may be. But by convention they cannot of their own motion refuse to assent to any such bill on any ground, for instance because they disapprove of the policy of the bill. We have here a conflict between a legal rule which creates a complete discretion and a con-

ventional rule which completely neutralizes it. But conventions, like laws, are sometimes violated. And if this particular convention were violated and assent were improperly withheld, the courts would be bound to enforce the law, not the convention. They would refuse to recognize the validity of a vetoed bill. This is what happened in *Gallant v. The King*,²⁰ a case in keeping with the classic case of *Stockdale v. Hansard*²¹ where the English Court of Queen's Bench held that only the Queen and both Houses of Parliament could make or unmake laws. The Lieutenant-Governor who had withheld assent in *Gallant* apparently did so towards the end of his term of office. Had it been otherwise, it is not inconceivable that his withholding of assent might have produced a political crisis leading to his removal from office which shows that if the remedy for a breach of a convention does not lie with the courts, still the breach is not necessarily without a remedy. The remedy lies with some other institutions of government; furthermore it is not a formal remedy and it may be administered with less certainty or regularity than it would be by a court.

Another example of the conflict between law and convention is provided by a fundamental convention already stated above: if after a general election where the Opposition obtained the majority at the polls the Government refused to resign and clung to office, it would thereby commit a fundamental breach of conventions, one so serious indeed that it could be regarded as tantamount to a coup d'état. The

20 [1949] 2 D.L.R. 425; [1949] 23 M.P.R. 48: See also for a comment on the situation by K.M. Martin in (1946) 24 Can. Bar Rev. 434.

21 [1839] 9 Ad. and E. 1.

remedy in this case would lie with the Governor General or the Lieutenant-Governor as the case might be who would be justified in dismissing the Ministry and in calling on the Opposition to form the Government. But should the Crown be slow in taking this course, there is nothing the courts could do about it except at the risk of creating a state of legal discontinuity, that is a form of revolution. An order or a regulation passed by a Minister under statutory authority and otherwise valid could not be invalidated on the ground that, by convention, the Minister ought no longer to be a Minister. A writ of *quo warranto* aimed at Ministers, assuming that *quo warranto* lies against a Minister of the Crown, which is very doubtful, would be of no avail to remove them from office. Required to say by what warrant they occupy their ministerial office, they would answer that they occupy it by the pleasure of the Crown under a commission issued by the Crown and this answer would be a complete one at law for at law, the Government is in office by the pleasure of the Crown although by convention it is there by the will of the people.

This conflict between convention and law which prevents the courts from enforcing conventions also prevents conventions from crystallizing into laws, unless it be by statutory adoption.

It is because the sanctions of convention rest with institutions of government other than courts, such as the Governor General or the Lieutenant-Governor, or the Houses of Parliament, or with public opinion and ultimately, with the electorate that it is generally said that they are political.

We respectfully adopt the definition of a convention given by the learned Chief Justice of Manitoba, Freedman C.J.M. in the Manitoba Reference at pp. 13 and 14:

What is a constitutional convention? There is a fairly lengthy literature on the subject. Although there may be shades of difference among the constitutional lawyers, political scientists, and judges who have contributed to that literature, the essential features of a convention may be set forth with some degree of confidence. Thus there is general agreement that a convention occupies a position somewhere in between a usage or custom on the one hand and a constitutional law on the other. There is general agreement that if one sought to fix that position with greater precision he would place convention nearer to law than to usage or custom. There is also general agreement that "a convention is a rule which is regarded as obligatory by the officials to whom it applies". Hogg, "Constitutional Law of Canada", (1977), P. 9. There is, if not general agreement, at least weighty authority, that the sanction for breach of a convention will be political rather than legal.

It should be borne in mind however that, while they are not laws, some conventions may be more important than some laws. Their importance depends on that of the value or principle which they are meant to safeguard. Also they form an integral part of the Constitution and of the constitutional system. They come within the meaning of the word "Constitution" in the preamble of the *British North America Act*, 1867:

Whereas the Provinces of Canada, Nova Scotia and New Brunswick have expressed their Desire to be federally united .. with a Constitution similar in principle to that of the United Kingdom:

That is why it is perfectly appropriate to say that to violate a convention is to do something which is unconstitutional although it entails no direct legal consequence. But the words "constitutional" and "unconstitutional" may also be used in a strict legal sense, for instance with respect to a statute which is found *ultra vires* or unconstitutional. The foregoing may perhaps be summarized in an equation: constitutional conventions plus constitutional law equal the total Constitution of the country.

II - Whether the questions should be answered

It was submitted by counsel for Canada and for Ontario that the second question in the Manitoba and Newfoundland References and the conventional part of question B in the Quebec Reference ought not be answered because they do not raise a justiciable issue and are accordingly not appropriate for a court. It was contended that the issue whether a particular convention exists or not is a purely political one. The existence of a definite convention is always unclear and a matter of debate. Furthermore conventions are flexible, somewhat imprecise and unsuitable for judicial determination.

The same submission was made in substance to the three courts below and, in our respectful opinion, rightfully dismissed by all three of them, Hall J.A. dissenting in the Manitoba Court of Appeal.

We agree with what Freedman C.J.M. wrote on this subject in the Manitoba Reference at p. 13:

In my view this submission goes too far. Its characterization of Question 2 as "purely political" overstates the case. That there is a political element embodied in the question, arising from the contents of the Joint Address, may well be the case. But that does not end the matter. If Question 2, even if in part political, possesses a constitutional feature, it would legitimately call for our reply.

In my view the request for a decision by this Court on whether there is a constitutional convention, in the circumstances described, that the Dominion will not act without the agreement of the Provinces poses a question that is, at least in part, constitutional in character. It therefore calls for an answer, and I propose to answer it.

Question 2 is not confined to an issue of pure legality but it has to do with a fundamental issue of constitutionality and legitimacy. Given the broad statutory basis upon which the Governments of Manitoba, Newfoundland and Quebec are empowered to put questions to their three respective Courts of Appeal, they are in our view entitled to an

answer to a question of this type.

Furthermore, one of the main points made by Manitoba with respect to question 3 was that the constitutional convention referred to in question 2 had become crystallized into a rule of law. Question 3 is admitted by all to raise a question of law. We agree with Matas J.A. of the Manitoba Court of Appeal that it would be difficult to answer question 3 without an analysis of the points raised in question 2. It is accordingly incumbent on us to answer question 2.

Finally, we are not asked to hold that a convention has in effect repealed a provision of the *B.N.A. Act*, as was the case in the *Reference re Disallowance (supra)*. Nor are we asked to enforce a convention. We are asked to recognize it if it exists. Courts have done this very thing many times in England and the Commonwealth to provide aid for and background to constitutional or statutory construction. Several such cases are mentioned in the reasons of the majority of this Court relating to the question whether constitutional conventions are capable of crystallizing into law. There are many others among them *Commonwealth v. Kreglinger*,²² *Liversidge v. Anderson*,²³ *Carltona Ltd. v. Commissioners of Works*,²⁴ *Adegbenro v. Akintola*,²⁵ *Ibralebbe v. R.*²⁶ This Court did the same in the recent case of *Arseneau v. The Queen*²⁷ and in the still unreported judgment rendered on April 6, 1981 after the re-hearing of *Attorney General of Quebec v. Peter Blaikie et al.*

In so recognizing conventional rules, the Courts have described them, sometimes commented upon them and given them such precision as is derived from the written form of a judgment.

22 [1925] 37 C.L.R. 393.

23 [1942] A.C. 206.

24 [1943] 2 All E.R. 560.

25 [1963] A.C. 614.

26 [1964] A.C. 900.

27 [1979] 2 S.C.R. 136 at p. 149.

They did not shrink from doing so on account of the political aspects of conventions, nor because of their supposed vagueness, uncertainty or flexibility.

In our view, we should not, in a constitutional reference, decline to accomplish a type of exercise that courts have been doing of their own motion for years.

III - Whether the convention exists

It was submitted by Counsel for Canada, Ontario and New Brunswick that there is no constitutional convention that the House of Commons and Senate of Canada will not request Her Majesty the Queen to lay before the Parliament of Westminster a measure to amend the Constitution of Canada affecting federal-provincial relationships, etc., without first obtaining the agreement of the provinces.

It was submitted by Counsel for Manitoba, Newfoundland, Quebec, Nova Scotia, British Columbia, Prince Edward Island and Alberta that the convention does exist, that it requires the agreement of all the provinces and that the second question in the Manitoba and Newfoundland References should accordingly be answered in the affirmative.

Counsel for Saskatchewan agreed that the question be answered in the affirmative but on a different basis. He submitted that the convention does exist and requires a measure of provincial agreement. Counsel for Saskatchewan further submitted that the resolution before the Court has not received a sufficient measure of provincial consent.

We wish to indicate at the outset that we find ourselves in agreement with the submissions made on this issue by Counsel for Saskatchewan.

1. The class of constitutional amendments contemplated by the question

Constitutional amendments fall into three categories: (1) amendments which may be made by a provincial legislature acting alone under s. 92.1 of the *B.N.A. Act*; (2) amendments which may be made by the Parliament of Canada acting alone under s. 91.1 of the *B.N.A. Act*; (3) all other amendments.

The first two categories are irrelevant for the

purposes of these References. While the wording of the second and third questions of the Manitoba and Newfoundland References may be broad enough to embrace all amendments in the third category, it is not necessary for us to consider those amendments which affect federal-provincial relationship only indirectly. In a sense, most amendments of the third category are susceptible of affecting federal-provincial relationships to some extent. But we should restrict ourselves to the consideration of amendments which

... directly affect federal-provincial relationships in the sense of changing federal and provincial legislative powers ...²⁸

The reason for this is that the second and third questions of the Manitoba and Newfoundland References must be read in the light of the first question. They must be meant to contemplate the same specific class of constitutional amendments as the ones which are sought in the "Proposed Resolution for a Joint Address to Her Majesty the Queen respecting the Constitution of Canada". More particularly, they must be meant to address the same type of amendments as the *Charter of Rights*, which abridges federal and provincial legislative powers, and the amending formula, which would provide for the amendment of the Constitution including the distribution of legislative powers.

These proposed amendments present one essential characteristic: they directly affect federal-provincial relationship in changing legislative powers and in providing for a formula to effect such change.

Therefore, in essence although not in terms, the issue raised by the second question in the Manitoba and Newfoundland References is whether there is a constitutional convention for agreement of the provinces to amendments which

28 The *Senate Reference* at p. 65.

change legislative powers and provide for a method of effecting such change. The same issue is raised by question B of the Quebec Reference, above quoted in part.

2. Requirements for establishing a convention

The requirements for establishing a convention bear some resemblance with those which apply to customary law.

Precedents and usage are necessary but do not suffice. They must be normative. We adopt the following passage of Sir.

W. Ivor Jennings in *The law and the Constitution*:²⁹

We have to ask ourselves three questions: first, what are the precedents; secondly, did the actors in the precedents believe that they were bound by a rule; and thirdly, is there a reason for the rule? A single precedent with a good reason may be enough to establish the rule. A whole string of precedents without such a reason will be of no avail, unless it is perfectly certain that the persons concerned regarded them as bound by it.

i) The precedents

An account of the statutes enacted by the Parliament of Westminster to modify the Constitution of Canada is found in a White Paper published in 1965 under the authority of the Honourable Guy Favreau, then Minister of Justice for Canada, under the title of "The Amendment of the Constitution of Canada" (the *White Paper*). This account is quoted in the *Senate Reference (supra)* but we find it necessary to reproduce it here for convenience:

(1) *The Rupert's Land Act*, 1868 authorized the acceptance by Canada of the rights of the Hudson's Bay Company over Rupert's Land and the North-Western Territory. It also provided that, on Address from the Houses of Parliament of Canada, the Crown could declare this territory part of Canada and the Parliament of Canada could make laws for its peace, order and good government.

(2) *The British North America Act* of 1871 ratified the Manitoba Act passed by

29 5th ed. 1959, p. 136.

the Parliament of Canada in 1870, creating the province of Manitoba and giving it a provincial constitution similar to those of the other provinces. The British North America Act of 1871 also empowered the Parliament of Canada to establish new provinces out of any Canadian territory not then included in a province; [but not thereafter to amend such constituting enactment]; to alter the boundaries of any province (with the consent of its legislature), and to provide for the administration, peace and good government of any territory not included in a province.

- (3) *The Parliament of Canada Act of 1875* amended section 18 of the British North America Act, 1867, which set forth the privileges, immunities and powers of each of the Houses of Parliament.
- (4) *The British North America Act of 1886* authorized the Parliament of Canada to provide for the representation in the Senate and the House of Commons of any territories not included in any province.
- * (5) *The Statute Law Revision Act, 1893* repealed some obsolete provisions of the British America Act of 1867.
- (6) *The Canadian Speaker (Appointment of Deputy) Act, 1895* confirmed an Act of the Parliament of Canada which provided for the appointment of Deputy-Speaker for the Senate.
- (7) *The British North America Act, 1907* established a new scale of financial subsidies to the provinces in lieu of those set forth in section 118 of the British North America Act of 1867. While not expressly repealing the original section, it made its provisions obsolete.
- (8) *The British North America Act, 1915* redefined the Senatorial Divisions of Canada to take into account the provinces of Manitoba, British Columbia, Saskatchewan and Alberta. Although this statute did not expressly amend the text of the original section 22, it did alter its effect.
- (9) *The British North America Act, 1916* provided for the extension of the life of the current Parliament of Canada beyond the normal period of five years.
- * (10) *The Statute Law Revision Act, 1927* repealed additional spent or obsolete provisions in the United Kingdom statutes, including two provisions of the British North America Acts.

- (11) *The British North America Act, 1930* confirmed the natural resources agreements between the Government of Canada and the Governments of Manitoba, British Columbia, Alberta and Saskatchewan, giving the agreements the force of law notwithstanding anything in the British North America Acts.
- (12) *The Statute of Westminster, 1931* while not directly amending the British North America Acts, did alter some of their provisions. Thus, the Parliament of Canada was given the power to make laws having extraterritorial effect. Also, Parliament and the provincial legislatures were given the authority, within their powers under the British North America Acts, to repeal any United Kingdom statute that formed part of the law of Canada. This authority, however, expressly excluded the British North America Act itself.
- (13) *The British North America Act, 1940* gave the Parliament of Canada the exclusive jurisdiction to make laws in relation to Unemployment Insurance.
- (14) *The British North America Act, 1943* provided for the postponement of redistribution of the seats in the House of Commons until the first session of Parliament after the cessation of hostilities.
- (15) *The British North America Act, 1946* replaced section 51 of the British North America Act, 1867, and altered the provisions for the readjustment of representation in the House of Commons.
- (16) *The British North America Act, 1949* confirmed the Terms of Union between Canada and Newfoundland.
- (17) *The British North America Act (No. 2), 1949* gave the Parliament of Canada authority to amend the Constitution of Canada with certain exceptions.
- * (18) *The Statute Law Revision Act, 1950* repealed an obsolete section of the British North America Act, 1867.
- (19) *The British North America Act, 1951* gave the Parliament of Canada concurrent jurisdiction with the provinces to make laws in relation to Old Age Pensions.
- (20) *The British North America Act, 1960* amended section 99 and altered the tenure of office of superior court judges.
- (21) *The British North America Act, 1964* amended the authority conferred upon the Parliament of Canada by the British North America Act, 1951, in relation to benefits supplementary to Old Age Pensions.

(22) *Amendment by Order in Council*

Section 146 of the British North America Act, 1867 provided for the admission of other British North American territories by Order in Council and stipulated that the provisions of any such Order in Council would have the same effect as if enacted by the Parliament of the United Kingdom. Under this section, Rupert's Land and North-Western Territory were admitted by Order in Council on June 23rd, 1870; British Columbia by Order in Council on May 16th, 1871; Prince Edward Island by Order in Council on June 26th, 1873. Because all of these Orders in Council contained provisions of a constitutional character - adapting the provisions of the British North America Act to the new provinces, but with some modifications in each case - they may therefore be regarded as constitutional amendments.

- * The amendments appear to have been done by the Parliament of Westminster on its own initiative and not in response to a joint resolution of the Senate and House of Commons.

For reasons already stated, these precedents must be considered selectively. They must also be considered in positive as well as in negative terms.

Of these twenty-two amendments or groups of amendments, five directly affected federal-provincial relationships in the sense of changing provincial legislative powers: they are the amendment of 1930, the *Statute of Westminster, 1931*, and the amendments of 1940, 1951 and 1964.

Under the agreements confirmed by the 1930 amendment, the Western provinces were granted ownership and administrative control of their natural resources so as to place these provinces in the same position vis-à-vis natural resources as the original confederating colonies. The Western provinces, however, received these natural resources subject to some limits on their power to make laws relating to hunting and fishing rights of Indians. Furthermore, the agreements did provide a very substantial object for the provincial power to make laws relating to "The Management and Sale of Public Lands belonging to the Province and of the Timber and Wood thereon" under s. 92.5 of the *B.N.A. Act*. The long title reads as follows:

An Act to confirm and give effect to certain agreements entered into between the Government of the Dominion of Canada and the Government of the Provinces of Manitoba, British Columbia, Alberta and Saskatchewan respectively

The preamble of the Act recites that "each of the said agreements has been duly approved by the Parliament of Canada and by the Legislature of the Province to which it relates". The other provinces lost no power, right or privilege in consequence. In any event, the proposed transfer of natural resources to the Western provinces had been discussed at the 1927 Dominion-Provincial Conference and had met with general approval: Paul Gérin-Lajoie, *Constitutional Amendment in Canada*.³⁰

All the provinces agreed to the passing of the *Statute of Westminster, 1931*. It changed legislative powers: Parliament and the Legislatures were given the authority, within their powers, to repeal any United Kingdom statute that formed part of the law of Canada; Parliament was also given the power to make laws having extra-territorial effect.

The 1940 amendment is of special interest in that it transferred an exclusive legislative power from the provincial Legislatures to the Parliament of Canada.

In 1938, the Speech from the Throne stated:

The co-operation of the provinces has been sought with a view to an amendment of the British North America Act, which would empower the parliament of Canada to enact forthwith a national scheme of unemployment insurance. My ministers hope the proposal may meet with early approval, in order that unemployment insurance legislation may be enacted during the present session of parliament.³¹

In November 1937, the Government of Canada had communicated with the provinces and asked for their views

30 1950, University of Toronto Press, pp. 91 and 92.

31 Commons Debates, 1938, p. 2.

in principle. A draft amendment was later circulated. By March 1938, five of the nine provinces had approved the draft amendment. Ontario had agreed in principle, but Alberta, New Brunswick and Quebec had declined to join in. The proposed amendment was not proceeded with until June 1940 when Prime Minister King announced to the House of Commons that all nine provinces had assented to the proposed amendment.³²

The 1951 and 1964 amendments changed the legislative powers: areas of exclusive provincial competence became areas of concurrent legislative competence. They were agreed upon by all the provinces.

These five amendments are the only ones which can be viewed as positive precedents whereby federal-provincial relationships were directly affected in the sense of changing legislative powers.

Every one of these five amendments was agreed upon by each province whose legislative authority was affected.

In negative terms, no amendment changing provincial legislative powers has been made since Confederation when agreement of a province whose legislative powers would have been changed was withheld.

There are no exceptions.

Furthermore, in even more telling negative terms, in 1951, an amendment was proposed to give the provinces a limited power of indirect taxation. Ontario and Quebec did not agree and the amendment was not proceeded with.³³

The Constitutional Conference of 1960 devised a formula for the amendment of the Constitution of Canada. Under this formula, the distribution of legislative powers could have been modified. The great majority of the partic-

32 Paul Gérin-Lajoie, (*op. cit.*) p. 106.

33 Commons Debates, 1951 pp. 2682 and 2726 to 2743.

ipants found the formula acceptable but some differences remained and the proposed amendment was not proceeded with.³⁴

In 1964, a conference of first ministers unanimously agreed on an amending formula that would have permitted the modification of legislative powers. Quebec subsequently withdrew its agreement and the proposed amendment was not proceeded with.³⁵

Finally, in 1971, proposed amendments which included an amending formula were agreed upon by the federal government and eight of the ten provincial governments. Quebec disagreed and Saskatchewan which had a new government did not take a position because it was believed the disagreement of Quebec rendered the question academic. The proposed amendments were not proceeded with.³⁶

The accumulation of these precedents, positive and negative, concurrent and without exception, does not of itself suffice in establishing the existence of the convention; but it unmistakably points in its direction. Indeed, if the precedents stood alone, it might be argued that unanimity is required.

In the *Senate Reference (supra)*, this Court went a considerable distance in recognizing the significance of some of these precedents when it wrote at pages 63 to 65:

The amendments of 1940, 1951, 1960 and 1964, respecting unemployment insurance, old age pensions, the compulsory retirement of judges and adding supplementary benefits to old age pensions all had the unanimous consent of the provinces.

. . .

The apparent intention of the 1949 amendment to the Act which enacted s. 91(1) was to obviate the necessity for the enactment of a statute of the British Parliament to effect amendments to the Act which theretofore had been obtained through a joint resolution of both Houses of Parliament and without provincial consent. Legislation enacted

³⁴ The *White Paper*, p. 29.

³⁵ Senate House of Commons Special Joint Committees on Constitution of Canada, issue No. 5, August 23, 1978 p. 14, Professor Lederman.

³⁶ Gérald A. Beaudoin, *Le partage des pouvoirs*, Editions de l'Université d'Ottawa, Ottawa, 1980 p. 349.

since 1949 pursuant to s. 91(1) has not, to quote the White Paper, "affected federal-provincial relationships". The following statutes have been enacted by the Parliament of Canada.

The Court then enumerated the five amendments enacted by the Parliament of Canada pursuant to s. 91(1) of the *B.N.A. Act* and continued:

All of these measures dealt with what might be described as federal "house-keeping" matters which, according to the practice existing before 1949, would have been referred to the British Parliament by way of a joint resolution of both Houses of Parliament, and without the consent of the provinces.

In our respectful opinion, the majority of the Quebec Court of Appeal fell into error on this issue in failing to differentiate between various types of constitutional amendments. The Quebec Court of Appeal put all or practically all constitutional amendments since 1867 on the same footing and, as could then be expected, concluded not only that the convention requiring provincial consent did not exist but that there even appeared to be a convention to the contrary. (See the reasons of Crête, C.J.Q. and Turgeon, J.A. at pages 92 and 124 of the case in the Quebec Reference. Owen J.A. agreed with Turgeon J.A. on this issue, and Bélanger J.A. with both Crête C.J.Q. and Turgeon J.A.).

The Manitoba Court of Appeal was similarly misled, in our respectful opinion, but to a lesser extent, which perhaps explains that Freedman C.J.M. wrote at p.21 of the Manitoba Reference, speaking for himself, Matas and Huband, J.J.A. on this point:

That we may be moving towards such a convention is certainly a tenable view. But we have not yet arrived there.

We do not think it is necessary to deal with classes of constitutional amendments other than those which change legislative powers or provide for a method to effect such change. But we will briefly comment on two amendments about which much has been made to support the argument against the existence of the convention. These are the amendment of 1907 increasing the scale of financial subsidies to the provinces and the amendment of 1949 confirming the Terms of Union between Canada and Newfoundland.

It was contended that British Columbia objected to the 1907 amendment which had been agreed upon by all the other provinces.

Even if it were so, this precedent would at best constitute an argument against the unanimity rule.

But the fact is that British Columbia did agree in principle with the increase of financial subsidies to the provinces. It wanted more and objected to the proposed finality of the increase. The finality aspect was deleted from the amendment by the United Kingdom authorities. Mr. Winston Churchill, Under Secretary of State for the Colonies made the following comment in the House of Commons:

In deference to the representations of British Columbia the words "final and unalterable" applying to the revised scale, have been omitted from the Bill.³⁷

In the end, the Premier of British Columbia did not refuse to agree to the Act being passed.³⁸

With respect to the 1949 amendment, it was observed by Turgeon J.A. in the Quebec Reference that, without Quebec's consent, this amendment confirmed

37 Commons Debates (U.K.) June 13, 1907 p. 1617.

38 A.B. Keith, *The Constitutional Law of the British Dominions*, 1933, p. 109.

the Quebec-Labrador Boundary as delimited in the report delivered by the Judicial Committee of the Privy Council on March 1, 1927.

The entry of Newfoundland into Confederation was contemplated from the beginning by s. 146 of the *B.N.A. Act*. It was at the request of Quebec in 1904 that the dispute relating to the boundary was ultimately submitted to the Judicial Committee.³⁹ Quebec participated in the litigation, being represented by counsel appointed and paid by the Province, although the Province did not intervene separately from Canada. When the 1949 amendment was passed, the Premier of Quebec is reported to have stated at a press conference simply that the Province should have been "consulted" or "advised" as a matter of "courtesy". He is not reported as having said that the consent of the Province was required. See Luce Patenaude, *Le Labrador à l'heure de la contestation*.⁴⁰ The Premier of Nova Scotia spoke to the same effect. Neither Premier made any formal demand or protest.⁴¹

We fail to see how this precedent can affect the convention.

It was also observed by Turgeon J.A. in the Quebec Reference that the *Charter of Rights* annexed to the proposed Resolution for a Joint Address does not alter the distribution of powers between the Parliament of Canada and the provincial legislatures.

This observation may be meant as an argument to the effect that the five positive precedents mentioned above should be distinguished and ought not to govern the situation before the Court since in those five cases the distribution of legislative powers was altered.

³⁹ Minute of Privy Council (Canada) P.C. 82 of M. April 18, 1904.

⁴⁰ 1972, Presses de l'Université de Montréal, pages 6, 7, 13, 14, 193 and 194.

⁴¹ Paul Gérin-Lajoie (*op. cit.*) p. 129.

To this argument we would reply that if provincial consent was required in those five cases, it would be *a fortiori* required in the case at bar.

Each of those five constitutional amendments effected a limited change in legislative powers, affecting one head of legislative competence such as unemployment insurance. Whereas if the proposed *Charter of Rights* became law, every head of provincial (and federal) legislative authority could be affected. Furthermore, the *Charter of Rights* would operate retrospectively as well as prospectively with the result that laws enacted in the future as well as in the past, even before Confederation, would be exposed to attack if inconsistent with the provisions of the *Charter of Rights*. This *Charter* would thus abridge provincial legislative authority on a scale exceeding the effect of any previous constitutional amendment for which provincial consent was sought and obtained.

Finally, it was noted in the course of argument that in the case of four of the five amendments mentioned above where provincial consent effectively had been obtained, the statutes enacted by the Parliament of Westminster did not refer to this consent. This does not alter the fact that consent was obtained.

ii) The actors treating the rule as binding

In the *White Paper*, one finds this passage at pages 10 and 11:

PROCEDURES FOLLOWED IN THE PAST
IN SECURING AMENDMENTS TO THE BRITISH NORTH
AMERICA ACT

The procedures for amending a constitution are normally a fundamental part of the laws and conventions by which a country is governed. This is particularly true if the constitution is embodied in a formal document as is the case in such federal states as Australia, the United States and Switzerland. In these countries, the amending process forms an important part of their constitutional law.

In this respect, Canada has been in a unique constitutional position. Not only did the British North America Act not provide for its amendment by Canadian legislative authority, except to the extent outlined at the beginning of this chapter, but it also left Canada without any clearly defined procedure for securing constitutional amendments from the British Parliament. As a result, procedures have varied from time to time, with recurring controversies and doubts over the conditions under which various provisions of the Constitution should be amended.

Certain rules and principles relating to amending procedures have nevertheless developed over the years. They have emerged from the practices and procedures employed in securing various amendments to the British North America Act since 1867. Though not constitutionally binding in any strict sense, they have come to be recognized and accepted in practice as part of the amendment process in Canada.

In order to trace and describe the manner in which these rules and principles have developed, the approaches used to secure amendments through the Parliament of the United Kingdom over the past 97 years are described in the following paragraphs. Not all the amendments are included in this review, but only those that have contributed to the development of accepted constitutional rules and principles.

There follows a list of fourteen constitutional amendments thought to "have contributed to the development of accepted constitutional rules and principles". The *White Paper* then goes on to state these principles, at p. 15:

The first general principle that emerges in the foregoing resumé is that although an enactment by the United Kingdom is necessary to amend the British North America Act, such action is taken only upon formal request from Canada. No Act of the United Kingdom Parliament affecting Canada is therefore passed unless it is requested and consented to by Canada. Conversely, every amendment requested by Canada in the past has been enacted.

The second general principle is that the sanction of Parliament is required for a request to the British Parliament for an amendment to the British North America Act. This principle was established early in the history of Canada's constitutional amendments, and has not been violated since 1895. The procedure invariably is to seek amendments by a joint Address of the Canadian House of Commons and Senate to the Crown.

The third general principle is that no amendment to Canada's Constitution will be made by the British Parliament merely upon the request of a Canadian province. A number of attempts to secure such amendments have been made, but none has been successful. The first such attempt was made as early as 1868, by a province which was at that time dissatisfied with the terms of Confederation. This was followed by other attempts in 1869, 1874 and 1887. The British

Government refused in all cases to act on provincial government representations on the grounds that it should not intervene in the affairs of Canada except at the request of the federal government representing all of Canada.

The fourth general principle is that the Canadian Parliament will not request an amendment directly affecting federal-provincial relationships without prior consultation and agreement with the provinces. This principle did not emerge as early as others but since 1907, and particularly since 1930, has gained increasing recognition and acceptance. The nature and the degree of provincial participation in the amending process, however, have not lent themselves to easy definition.

The text which precedes the four general principles makes it clear that it deals with conventions. It refers to the laws and conventions by which a country is governed and to constitutional rules which are not binding in any strict sense (that is in a legal sense) but which have come to be recognized and accepted in practice as part of the amendment process in Canada. The first three general principles are statements of well-known constitutional conventions governing the relationships between Canada and the United Kingdom with respect to constitutional amendments.

In our view, the fourth general principle equally and unmistakably states and recognizes as a rule of the Canadian Constitution the convention referred to in the second question of the Manitoba and Newfoundland References as well as in question B of the Quebec Reference, namely that there is a requirement for provincial agreement to amendments which change provincial legislative powers.

This statement is not a casual utterance. It is contained in a carefully drafted document which had been circulated to all the provinces prior to its publication and been found satisfactory by all of them.⁴² It was published as a White Paper, that is as an official statement of government policy, under the authority of the Federal Minister of

⁴² - Commons Debates, 1965, p. 11574.

- Background Paper published by the Government of Canada, *The Role of the United Kingdom in the Amendment of the Canadian Constitution* (March 1981) at p. 30.

Justice as member of a Government responsible to Parliament neither House of which, so far as we know, has taken issue with it. This statement is a recognition by all the actors in the precedents that the requirement of provincial agreement is a constitutional rule.

In the Manitoba Reference, Freedman C.J.M. took the view that the third sentence in the fourth general principle stated in the *White Paper* contradicted, and therefore negated, the first sentence.

With the greatest respect, this interpretation is erroneous. The first sentence is concerned with the existence of the convention, and the third sentence, not with its existence, but with the measure of provincial agreement which is necessary with respect to this class of constitutional amendment. It seems clear that while the precedents taken alone point at unanimity, the unanimity principle cannot be said to have been accepted by all the actors in the precedents.

This distinction is illustrated by statements made by Prime Minister King in the House of Commons in 1938 and 1940 with respect to the unemployment insurance amendment.

In 1938, some provinces had not yet assented to the unemployment insurance amendment and one finds the following exchange in the Commons Debates:

Right Hon. R.B. BENNETT (Leader of the Opposition): Perhaps the Prime Minister would not object to a supplementary question: Does he conceive it necessary or desirable that all the provinces should agree before action is taken?

Mr. MACKENZIE KING: I do not think this is the moment to answer that question. We had better wait and see what replies we get in the first instance.⁴³

⁴³ Commons Debates, 1938, p. 1747.

In 1940, Mr. J.T. Thorson, not then a member of the Government, took issue with the contention that it was necessary to obtain the consent of the provinces before an application is made to amend the *B.N.A. Act*. Mr.

Lapointe replied:

May I tell my hon. friend that neither the Prime Minister nor I have said it is necessary, but it may be desirable.⁴⁴

But what the Prime Minister had said in fact was this:

We have avoided anything in the nature of coercion of any of the provinces. Moreover we have avoided the raising of a very critical constitutional question, namely, whether or not in amending the British North America Act it is absolutely necessary to secure the consent of all the provinces, or whether the consent of a certain number of provinces would of itself be sufficient. That question may come up but not in reference to unemployment insurance at some time later on.⁴⁵

This statement expressed some uncertainty as to whether unanimity is a necessity, but none as to whether substantial provincial support is required.

As for Mr. Lapointe's reply, it is non-committal and must be qualified by several other statements he made indicating the necessity of provincial consent.⁴⁶

Prime Minister Bennett had expressed a similar concern with respect to the unanimity rule during the Dominion-Provincial Conference of 1931. He is reported to have said:

⁴⁴ Commons Debates, 1940, p. 1122.

⁴⁵ Commons Debates, 1940, p. 1117.

⁴⁶ For instance: Commons Debates, 1924, p. 520.
Commons Debates, 1925, p. 298.
Commons Debates, 1940, p. 1110.
Commons Debates, 1951, pp. 1477 and 1478.

As to the requirement of unanimity for change in the British North America Act this would mean that one Province, say Prince Edward Island, might absolutely prevent any change. No state at present required unanimity. Australia does not; nor does South Africa, a bi-lingual country. From one point of view he (Mr. Bennett) could recognize that unanimity might be desirable, but from another it seems to be wholly out of keeping with present political developments in the British Empire and indeed in the world. There must, of course, be safeguards for minorities but there must be no absolute rigidity as regards change.⁴⁷

We were referred to an abundance of declarations made by Canadian politicians on this issue. A few are unfavourable to the provincial position but they were generally made by politicians such as Mr. J.T. Thorson who were not Ministers in office and could not be considered as "actors in the precedents".

Most declarations made by statesmen favour the conventional requirement of provincial consent. We will quote only two such declarations.

In discussing the 1943 amendment, Mr. St. Laurent argued that the amendment did not alter the allocation of federal and provincial powers. He said:

The Honourable L.S. St. Laurent (Minister of Justice) ...
I would readily concede to hon. members that if there were to be any suggested amendment to change the allocation of legislative or administrative jurisdiction as between the provinces, on the one hand, and the federal parliament, on the other, it could not properly be done without the consent of the organism that was set up by the constitution to have powers that would assumedly be taken from that organism. (...)

I submit that it would have been quite improper to take away from the provinces without their consent anything that they had by the constitution.⁴⁸

The statement is addressed at constitutional propriety which is the terminology ordinarily used for conventions.

⁴⁷ Report of Dominion-Provincial Conference 1931, pp. 8 and 9.

⁴⁸ Commons Debates, 1943, p. 4366.

In 1960, it was suggested to Prime Minister Diefenbaker that his proposed *Canadian Bill of Rights* be entrenched in the Constitution and made binding on the provinces as would be the *Charter of Rights* annexed to the proposed Resolution for a Joint Address. Here is how he dealt with this suggestion:

They say, if you want to make this effective it has to cover the provinces too. Any one advocating that must realize the fact that there is no chance of securing the consent of all the provinces.

. . . .

As far as constitutional amendment is concerned, it is impossible of attainment at this time.

Mr. Winch: Why?

Mr. Diefenbaker: Simply because of the fact that the consent of the provinces to any interference with property and civil rights cannot be secured.

. . . .

I also want to add that if at any time the provinces are prepared to give their consent to a constitutional amendment embodying a bill of rights comprising these freedoms, there will be immediate co-operation from this government. We will forthwith introduce a constitutional amendment covering not only the federal, but the provincial jurisdictions when and if there is consent by the provinces everywhere in this country.⁴⁹

Prime Minister Diefenbaker was clearly of the view that the *Canadian Bill of Rights* could not be entrenched in the Constitution and made to apply to the provinces without the consent of all of them. We have also indicated that while the precedents point at unanimity, it does not appear that all the actors in the precedents have accepted the unanimity rule as a binding one.

In 1965, the *White Paper* had stated that

The nature and the degree of provincial participation in the amending process ... have not lent themselves to easy definition.

Nothing has occurred since then which would permit us to conclude in a more precise manner.

Nor can it be said that this lack of precision

⁴⁹ Commons Debates, 1960, pp. 5648 and 5649.

- 30 -

is such as to prevent the principle from acquiring the constitutional *status* of a conventional rule. If a consensus had emerged on the measure of provincial agreement, an amending formula would quickly have been enacted and we would no longer be in the realm of conventions. To demand as much precision as if this were the case and as if the rule were a legal one is tantamount to denying that this area of the Canadian Constitution is capable of being governed by conventional rules.

Furthermore, the Government of Canada and the Governments of the provinces have attempted to reach a consensus on a constitutional amending formula in the course of ten federal-provincial conferences held in 1927, 1931, 1935, 1950, 1960, 1964, 1971, 1978, 1979 and 1980.⁵⁰ A major issue at these conferences was the quantification of provincial consent. No consensus was reached on this issue. But the discussion of this very issue for more than fifty years postulates a clear recognition by all the governments concerned of the principle that a substantial degree of provincial consent is required.

It would not be appropriate for the Court to devise in the abstract a specific formula which would indicate in positive terms what measure of provincial agreement is required for the convention to be complied with. Conventions by their nature develop in the political field and it will be for the political actors, not this Court, to determine the degree of provincial consent required.

It is sufficient for the Court to decide that at least a substantial measure of provincial consent is required and to decide further whether the situation before the Court meets with this requirement. The situation is one where Ontario and New Brunswick agree with the proposed amendments whereas the eight other provinces oppose it. By no conceivable standard could this situation be thought to pass muster. It clearly does not disclose a sufficient measure of provincial agreement. Nothing more should be said about this.

⁵⁰ Gérald A. Beaudoin, *op. cit.* at p. 346.

iii) A reason for the rule

The reason for the rule is the federal principle. Canada is a federal union. The preamble of the *B.N.A. Act* states that

the Provinces of Canada, Nova Scotia, and New Brunswick have expressed their Desire to be federally united ...

The federal character of the Canadian Constitution was recognized in innumerable judicial pronouncements. We will quote only one, that of Lord Watson in *Liquidators of the Maritime Bank of New Brunswick (supra)* at pp. 441, 442:

The object of the Act was neither to weld the provinces into one, nor to subordinate provincial governments to a central authority, but to create a federal government in which they should all be represented, entrusted with the exclusive administration of affairs in which they had a common interest, each province retaining its independence and autonomy.

The federal principle cannot be reconciled with a state of affairs where the modification of provincial legislative powers could be obtained by the unilateral action of the federal authorities. It would indeed offend the federal principle that "a radical change to [the] constitution [be] taken at the request of a bare majority of the members of the Canadian House of Commons and Senate".⁵¹

This is an essential requirement of the federal principle which was clearly recognized by the Dominion-Provincial Conference of 1931. This conference had been convened to consider the proposed Statute of Westminster as well as a draft of s. 7 which dealt exclusively with the Canadian position.

At the opening of the Conference, Prime Minister Bennett said:

It should be noted that nothing in the Statute confers on the Parliament of Canada the power to alter the constitution.

⁵¹ Report of Dominion-Provincial Conference 1931, p. 3.

The position remained that nothing in the future could be done to amend the British North America Act except as the result of appropriate action taken in Canada and in London. In the past such appropriate action had been an address by both Houses of the Canadian Parliament to the Parliament of Westminster. It was recognized, however, that this might result in a radical change to our constitution taken at the request of a bare majority of the members of the Canadian House of Commons and Senate. The original draft of the Statute appeared, in the opinion of some provincial authorities, to sanction such a procedure, but in the draft before the conference this was clearly not the case.⁵²

This did not satisfy Premier Taschereau of Quebec who, the next day, said:

Do we wish the British North America Act to be amended at the request of the Dominion only, without the consent of the Provinces? Do we wish it to be amended by the Parliament of Canada? Quebec could not accept either of these suggestions. She was not prepared to agree that the British North America Act might be amended without the consent of the Provinces.⁵³

Mr. Geoffrion, of the Quebec Delegation, suggested an amendment to s. 7(1) of the draft statute, in order to meet the difficulty.

Prime Minister Bennett replied:

Our purpose is to leave things as they are and we are definitely trying not to do what Mr. Taschereau suggests may be done.⁵⁴

The following day, the Conference had before it another draft of s. 7 the first paragraph of which was the one which was ultimately adopted. Premier Taschereau was not yet reassured:

Mr. Taschereau said that so far as the repeal of the Colonial Laws Validity Act was concerned he had no objection to make. Further, the new draft of Section 7 struck him favourably, but more time was necessary for its consideration. However, the Statute, both in its preamble and in Section 4 still, by implication, gave the Dominion the sole right to request an amendment of the British North America Act. It put in black and white what had been

⁵² Report of Dominion-Provincial Conference 1931, pp. 3 and 4.
⁵³ Report of Dominion-Provincial Conference 1931, p. 12.
⁵⁴ Report of Dominion-Provincial Conference 1931, p. 18.

the practice of the past. Can we be assured, he asked, that the Government of the Dominion will make no request for an amendment of the British North America Act at Westminster without the consent of the Provinces?⁵⁵

Prime Minister Bennett replied:

Mr. Bennett felt that Mr. Taschereau's fears concerning the amendment of the constitution by the Dominion action alone were dealt with by Sub-section 1 of the new Section 7. Mr. Taschereau replied that he realised that the power in respect to amendment was not altered by the Statute, but that the practice in that connection had been put down in black and white, and that practice, which left out the Provinces, was not satisfactory.

Mr. Bennett did not feel that the statute went so far. It was his opinion that in minor amendments such as a change in the quorum of the House of Commons there was no reason for consulting the Provinces, but that in more important amendments, such as the distribution of legislative power, the Provinces should of course, be consulted.⁵⁶

. . .

Previous amendments to the British North America Act had been non-controversial, but Mr. Taschereau could assure his colleagues that there would be no amendment to the constitution of Canada in its federal aspect without consulting the Provinces which, it must be remembered had the same powers within their domain that the Dominion has within hers.⁵⁷

Several other Premiers shared the concern of Premier Taschereau. It was to meet this concern that s. 7(1) of the *Statute of Westminster, 1931* was re-drafted. What the re-drafting accomplished as a matter of law is an issue which arises under the third question of the Manitoba and Newfoundland References. But the fact that an attempt was made to do something about it as a matter of law carries all the more weight on the conventional plane.

It is true also that Prime Minister Bennett spoke of consultation of the provinces rather than of their consent but this must be understood in the light of his previously quoted statement expressing his reluctance to accept the unanimity principle.

⁵⁵ Report of Dominion-Provincial Conference 1931, p. 18.

⁵⁶ Report of Dominion-Provincial Conference 1931, p. 19.

⁵⁷ Report of Dominion-Provincial Conference 1931, pp. 19 and 20.

Furthermore, as was stated in the fourth general principle of the *White Paper*, the requirement of provincial consent did not emerge as early as other principles, but it has gained increasing recognition and acceptance since 1907 and particularly since 1930. This is clearly demonstrated by the proceedings of the Dominion-Provincial Conference of 1931.

Then followed the positive precedents of 1940, 1951 and 1964 as well as the abortive ones of 1951, 1960 and 1964, all discussed above. By 1965, the rule had become recognized as a binding constitutional one formulated in the fourth general principle of the *White Paper* already quoted reading in part as follows:

The *fourth general principle* is that the Canadian Parliament will not request an amendment directly affecting federal-provincial relationships without prior consultation and agreement with the provinces.

The purpose of this conventional rule is to protect the federal character of the Canadian Constitution and prevent the anomaly that the House of Commons and Senate could obtain by simple resolutions what they could not validly accomplish by statute.

It was contended by Counsel for Canada, Ontario and New Brunswick that the proposed amendments would not offend the federal principle and that, if they became law, Canada would remain a federation. The federal principle would even be re-inforced, it was said, since the provinces would as a matter of law be given an important role in the amending formula.

It is true that Canada would remain a federation if the proposed amendments became law. But it would be a different federation made different at the instance of a majority in the Houses of the federal Parliament acting alone.

It is this process itself which offends the federal principle.

It was suggested by Counsel for Saskatchewan that the proposed amendments were perhaps severable; that the proposed *Charter of Rights* offended the federal principle in that it would unilaterally alter legislative powers whereas the proposed amending formula did not offend the federal principle.

To this suggestion we cannot accede. Counsel for Canada (as well as Counsel for other parties and all intervenors) took the firm position that the proposed amendment formed an unseverable package. Furthermore, and to repeat, whatever the result, the process offends the federal principle. It was to guard against this process that the constitutional convention came about.

IV - Conclusion

We have reached the conclusion that the agreement of the provinces of Canada, no views being expressed as to its quantification, is constitutionally required for the passing of the "Proposed Resolution for a joint Address to Her Majesty respecting the Constitution of Canada" and that the passing of this Resolution without such agreement would be unconstitutional in the conventional sense.

We would, subject to these reasons, answer question 2 of the Manitoba and Newfoundland References and that part of question B in the Quebec Reference which relates to conventions as follows:

2. Is it a constitutional convention that the House of Commons and Senate of Canada will not request Her Majesty the Queen to lay before the Parliament of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland a measure to amend the Constitution of Canada affecting federal-provincial relationships or the powers, rights or privileges granted or secured by the Constitution of Canada to the provinces, their legislatures or governments without first obtaining the agreement of the provinces?

YES

TRANSLATION

- B. Does the Canadian Constitution empower ... by ... convention ... the Senate and the House of Commons of Canada to cause the Canadian Constitution to be amended without the consent of the provinces and in spite of the objection of several of them, in such a manner as to affect:
- (i) the legislative competence of the provincial legislatures in virtue of the Canadian Constitution?
 - (ii) the status or role of the provincial legislatures or governments within the Canadian Federation?

NO

COUR SUPRÊME DU CANADA

DANS L'AFFAIRE de la Loi relative à l'expédition
des décisions provinciales d'ordre constitutionnel
et autres, L.R.M. 1970, chap. C-180

DANS L'AFFAIRE d'un Renvoi y relatif par le
lieutenant-gouverneur en conseil à la Cour d'appel
du Manitoba, pour examen et audition, de questions
concernant la modification de la Constitution
du Canada, conformément au décret N° 1020/80

LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU MANITOBA
(Appelant)

- et -

LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU QUÉBEC
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DE L'ÎLE-DU-PRINCE-ÉDOUARD
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DE LA SASKATCHEWAN
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DE L'ALBERTA
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DE TERRE-NEUVE
FOUR NATIONS CONFEDERACY INC.
(Intervenants)

c.

LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA
(Intimé)

- et -

LE PROCUREUR GÉNÉRAL DE L'ONTARIO
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU NOUVEAU-BRUNSWICK
(Intervenants)

DANS L'AFFAIRE de l'article 6 de la Judicature
Act, R.S.N. 1970, chap. 187 et modifications,

ET DANS L'AFFAIRE d'un Renvoi par le lieutenant-
gouverneur en conseil concernant l'effet et la
validité des modifications de la Constitution
du Canada telles que demandées par le "Projet
de résolution portant adresse commune à
Sa Majesté la Reine relativement à la
Constitution du Canada"

LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA
(Appelant)

- et -

LE PROCUREUR GÉNÉRAL DE L'ONTARIO
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU NOUVEAU-BRUNSWICK
(Intervenants)

c.

LE PROCUREUR GÉNÉRAL DE TERRE-NEUVE
(Intimé)

- et -

LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU QUÉBEC
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU MANITOBA
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DE L'ÎLE-DU-PRINCE-ÉDOUARD
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DE LA SASKATCHEWAN
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DE L'ALBERTA
FOUR NATIONS CONFEDERACY INC.
(Intervenants)

ET DANS L'AFFAIRE d'un Renvoi à la Cour d'appel
du Québec relatif à un projet de résolution portant
adresse commune à Sa Majesté la Reine concernant
la Constitution du Canada

LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU QUÉBEC
(Appelant/Intimé)

- et -

LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA
(Intimé/Appelant)

- et -

LE PROCUREUR GÉNÉRAL DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU MANITOBA
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DE L'ÎLE-DU-PRINCE-ÉDOUARD
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DE LA SASKATCHEWAN
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DE L'ALBERTA
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DE TERRE-NEUVE
FOUR NATIONS CONFEDERACY INC.
(Intervenants appuyant le
Procureur général du Québec)

- et -

LE PROCUREUR GÉNÉRAL DE L'ONTARIO
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU NOUVEAU-BRUNSWICK
(Intervenants appuyant le
Procureur général du Canada)

CORAM: Le Juge en chef et les juges Martland, Ritchie,
Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard et Lamer

LES JUGES MARTLAND, RITCHIE, DICKSON, BEETZ, CHOUINARD et
LAMER:

La deuxième question du renvoi du Manitoba¹ et du
renvoi de Terre-Neuve² est identique:

2. Y a-t-il une convention constitutionnelle aux termes de laquelle la Chambre des communes et le Sénat du Canada ne peuvent, sans le consentement préalable des provinces, demander à Sa Majesté la Reine de déposer devant le Parlement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord un projet de modification de la Constitution du Canada qui a un effet sur les relations fédérales-provinciales ou les pouvoirs, les droits ou les privilèges que la Constitution du Canada accorde ou garantit aux provinces, à leurs législatures ou à leurs gouvernements?

Quant à la question B du renvoi du Québec, elle se
lit en partie comme suit:

- B. La constitution canadienne habilite-t-elle ...
par ... convention ... le Sénat et la Chambre
des communes du Canada à faire modifier la
constitution canadienne sans l'assentiment des
provinces et malgré l'objection de plusieurs
d'entre elles de façon à porter atteinte:

(1) à l'autorité législative des législatures
provinciales en vertu de la constitution
canadienne?

(ii) au statut ou rôle des législatures ou
gouvernements provinciaux au sein de la
fédération canadienne?

Pour ces questions, les expressions "Constitution du

¹ Reference re Amendment of the Constitution of Canada, [1981]
117 D.L.R. (3d) 1.

² Reference re Amendment of the Constitution of Canada, [1981]
118 D.L.R. (3d) 1.

Canada" et "Constitution canadienne" ne se rapportent pas à des sujets qui intéressent seulement le gouvernement fédéral ou l'entité juridique fédérale. Elles ont clairement le sens le plus large possible et comprennent le système global des règles et principes qui régissent la répartition ou l'exercice des pouvoirs constitutionnels dans l'ensemble et dans chaque partie de l'état canadien. Tout au long de ces motifs, c'est ce sens large qu'elles auront.

Le sens de la deuxième question des renvois du Manitoba et de Terre-Neuve appelle d'autres commentaires.

Comme on le verra plus loin, les procureurs de plusieurs provinces ont plaidé avec vigueur que la convention existe et qu'elle exige le consentement de toutes les provinces. Notre interprétation de l'exposé de leur position ne nous a toutefois pas amenés à penser qu'il fallait interpréter la deuxième question des renvois du Manitoba et de Terre-Neuve pour y répondre comme si le coeur de la question se lisait:

... sans le consentement préalable de toutes les provinces...

Quoi qu'il en soit, on ne doit pas à notre avis l'interpréter ainsi.

Il aurait été simple d'y inclure le mot "toutes" si l'on avait voulu en restreindre le sens. Mais nous ne pensons pas que c'était l'intention. La question soulève essentiellement le point de savoir s'il y a une convention constitutionnelle qui empêche la Chambre des communes et le Sénat du

Canada d'agir seuls. Le fond de la question est donc de déterminer si conventionnellement le consentement provincial est obligatoire et non si, en ce cas, il doit être unanime. En outre, cette interprétation de la question s'accorde mieux avec le texte de la question B du renvoi du Québec qui se réfère à un critère moindre que celui de l'unanimité en disant

... sans l'assentiment des provinces et malgré l'objection de plusieurs d'entre elles.

Si les questions paraissent ambiguës, la Cour ne devrait pas, dans un renvoi constitutionnel, être dans une situation pire que celle d'un témoin à un procès, et se sentir obligée de répondre par oui ou par non. Si elle estime qu'une question peut être trompeuse ou si elle veut seulement éviter de risquer un malentendu, il lui est loisible d'interpréter la question comme dans le Renvoi: Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute (le Renvoi sur le Sénat)³, ou de nuancer à la fois la question et la réponse comme dans le Renvoi: Waters and Water Powers⁴.

I La nature des conventions constitutionnelles

Une partie appréciable des règles de la Constitution canadienne est écrite. On ne les trouve pas dans un document unique appelé constitution mais dans un grand nombre de lois dont certaines ont été adoptées par le Parlement de

³ [1980] 1 R.C.S. 54 à la p. 59.

⁴ [1929] R.C.S. 200.

Westminster, tel l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867⁵, (l'A.A.N.B.) ou par le Parlement du Canada comme l'Acte de l'Alberta⁶, l'Acte de la Saskatchewan⁷, la Loi sur le Sénat et la Chambre des communes⁸, ou par les législatures provinciales comme les lois électorales provinciales. On les trouve également dans des arrêtés en conseil, tel l'arrêté impérial en conseil du 16 mai 1871 qui admet la Colombie-Britannique dans l'Union, et l'arrêté impérial en conseil du 26 juin 1873, qui admet l'île-du-Prince-Édouard dans l'Union.

Une autre partie de la Constitution du Canada est formée de règles de common law. Ce sont des règles que les tribunaux ont élaborées au cours des siècles dans l'exécution de leurs fonctions judiciaires. Une part importante de ces règles a trait à la prérogative de la Couronne. Les articles 9 et 15 de l'A.A.N.B. prévoient:

9. A la Reine continueront d'être et sont par le présent attribués le gouvernement et le pouvoir exécutifs du Canada.

15. A la Reine continuera d'être et est par le présent attribué le commandement en chef des milices de terre et de mer et de toutes les forces militaires et navales en Canada.

⁵ 1867, 30-31 Vict. chap. 3.

⁶ 1905, 4-5 Edw. VII, chap. 3.

⁷ 1905, 4-5 Edw. VII, chap. 42.

⁸ 1970, S.R.C., chap. S-8.

Par ailleurs, l'Acte ne s'étend pas beaucoup sur les éléments du "gouvernement et pouvoir exécutifs" et l'on doit recourir à la common law pour les découvrir, mis à part l'autorité déléguée à l'exécutif par la loi.

En common law, l'autorité de la Couronne comprend notamment la prérogative de grâce ou de clémence⁹ et le pouvoir de constituer en compagnie par charte de façon à conférer une capacité générale analogue à celle d'une personne physique¹⁰. La prérogative royale met la Couronne dans une situation privilégiée en tant que créancière¹¹, en ce qui concerne l'héritage de terres à défaut d'héritiers¹² ou relativement à la propriété de métaux précieux¹³ et bona vacantia¹⁴. C'est également aux termes de la prérogative et de la common law que la Couronne nomme et accrédite des ambassadeurs, déclare la guerre, conclut des traités et c'est au nom de la Reine que l'on délivre des passeports.

On désigne du terme générique de droit constitutionnel les parties de la Constitution du Canada qui sont formées de règles législatives et de règles de common law. En cas de doute ou de litige, il appartient aux tribunaux de déclarer le droit et, puisque le droit est parfois violé, il appartient en général aux tribunaux d'établir s'il y a effectivement eu

⁹ Reference as to the effect of the exercise of the royal prerogative of mercy upon deportation proceedings, [1933] R.C.S. 269.

¹⁰ Bonanza Creek Gold Mining Company Limited v. Rex, [1916] 1 A.C. 566.

¹¹ Liquidators of the Maritime Bank of Canada v. Receiver-General of New-Brunswick, [1892] A.C. 437.

¹² Attorney General of Ontario v. Mercer (1882-83), 8 App. Cas. 767.

¹³ Attorney General of British Columbia v. Attorney General of Canada, [1889] 14 A.C. 295.

¹⁴ Rex v. Attorney General of British Columbia, [1924] A.C. 213.

violation dans des cas donnés et dans l'affirmative d'appliquer les sanctions prévues par la loi, qu'il s'agisse de sanctions pénales ou civiles telle une déclaration de nullité. Ainsi, quand les tribunaux déclarent qu'une loi fédérale ou provinciale excède la compétence législative de la législature qui l'a adoptée, ils la déclarent nulle et non avenue et ils refusent de lui donner effet. En ce sens, on peut dire que les tribunaux administrent ou font respecter le droit constitutionnel.

Bien des canadiens seraient probablement surpris d'apprendre que des parties importantes de la Constitution du Canada, celles avec lesquelles ils sont le plus familiers parce qu'elles sont directement en cause quand ils exercent leur droit de vote aux élections fédérales et provinciales, ne se trouvent nulle part dans le droit constitutionnel. Par exemple, selon une exigence fondamentale de la Constitution, si l'opposition obtient la majorité aux élections, le gouvernement doit offrir immédiatement sa démission. Mais si fondamentale soit-elle, cette exigence de la Constitution ne fait pas partie du droit constitutionnel.

Une autre exigence constitutionnelle veut que la personne nommée premier ministre fédéral ou provincial par la Couronne et qui est effectivement le chef du gouvernement ait l'appui de la chambre élue de la législature; en pratique, ce sera dans la plupart des cas le chef du parti politique qui a gagné une majorité de sièges à une élection générale. Les autres ministres sont nommés par la Couronne sur l'avis du premier ministre fédéral ou provincial lorsqu'il forme ou remanie son cabinet. Les ministres doivent continuellement jouir de la confiance de la chambre élue de la législature, personnellement et collectivement. S'ils la perdent, ils

doivent soit démissionner, soit demander à la Couronne de dissoudre la législature et de tenir une élection générale. La plupart des pouvoirs de la Couronne en vertu de la prérogative sont seulement exercés sur l'avis du premier ministre ou du cabinet ce qui signifie que ces derniers l'exercent effectivement ainsi que les innombrables pouvoirs délégués par les lois à la Couronne en conseil.

Pourtant, on peut dire qu'aucune de ces règles essentielles de la Constitution n'est du droit constitutionnel. C'est apparemment Dicey qui, dans la première édition de son ouvrage Law of the Constitution, en 1885, les a baptisées "conventions constitutionnelles"¹⁵, une expression qui est rapidement devenue consacrée. Sous ces termes, Dicey décrit les principes et règles du gouvernement responsable, dont plusieurs ont été cités ci-dessus et qui régissent les relations entre la Couronne, le premier ministre, le cabinet et les deux chambres du Parlement. Ces règles ont été élaborées en Grande-Bretagne au moyen de la coutume et du précédent au cours du dix-neuvième siècle et ont été exportées dans les colonies britanniques qui obtenaient leur autonomie.

Dicey a d'abord donné l'impression que les conventions constitutionnelles sont un phénomène moderne, propre au Royaume-Uni. Mais il a reconnu dans des éditions ultérieures que l'on trouve différentes conventions dans d'autres constitutions. Comme l'a écrit sir William Holdsworth:

¹⁵ W.S. Holdsworth, *The conventions of the eighteenth century constitution* (1932), 17 *Iowa Law Rev.* 161.

[TRADUCTION] En fait, des conventions doivent se développer en tout temps et dans tous les endroits où les pouvoirs du gouvernement sont conférés à différentes personnes ou organes, où, en d'autres mots, il y a une constitution mixte. "Les parties constituantes d'un état", dit Burke [French Revolution, 28.] "sont obligées d'être fidèles à leurs engagements publics les unes envers les autres, et vis-à-vis de tous ceux qui tirent un sérieux intérêt de leurs promesses, de même que l'ensemble de l'état est obligé d'être fidèle à ses engagements envers les différentes collectivités". Nécessairement, des règles conventionnelles prennent forme pour régir les mécanismes des différentes parties de la Constitution, leurs relations réciproques et avec les sujets."¹⁶

Au sein de l'Empire britannique, les pouvoirs du gouvernement étaient conférés à différents organes qui ont fourni un terrain fertile à la croissance de nouvelles conventions constitutionnelles, inconnues de Dicey, par lesquelles des colonies autonomes ont acquis un statut égal et indépendant au sein du Commonwealth. Plusieurs d'entre elles ont été consacrées par le Statut de Westminster, 1931¹⁷.

Une constitution fédérale assure la répartition des pouvoirs entre divers gouvernements et législatures et peut aussi constituer un terrain fertile de croissance de conventions constitutionnelles entre ces derniers. Il est concevable par exemple que l'usage et la pratique puissent donner naissance à des conventions canadiennes relatives à la tenue de conférences fédérales-provinciales, à la nomination des lieutenants-gouverneurs, à la réserve ou au désaveu des lois provinciales. C'est à cette possibilité que le juge en chef Duff fait allusion quand il parle de [TRADUCTION] "l'usage constitutionnel ou pratique constitutionnelle" dans le Renvoi: The Power of the Governor General in Council to disallow provincial legislation and the Power of Reservation of a

¹⁶ W.S. Holdsworth, op. cit., à la p. 162.

¹⁷ 22 Geo. V, chap. 4.

Lieutenant-Governor of a Province¹⁸. Auparavant, il les avait baptisées [TRADUCTION] "conventions constitutionnelles reconnues" dans l'arrêt Wilson v. Esquimalt and Nanaimo Ry. Co¹⁹.

L'objet principal des conventions constitutionnelles est d'assurer que le cadre juridique de la Constitution fonctionnera selon les principes ou valeurs constitutionnelles dominantes de l'époque. Par exemple, la valeur constitutionnelle qui est le pivot des conventions dont on vient de parler et qui se rapportent au gouvernement responsable est le principe démocratique: les pouvoirs de l'état doivent être exercés conformément aux vœux de l'électorat. La valeur ou principe constitutionnel auquel se rattachent les conventions qui régissent les relations entre les membres du Commonwealth est l'indépendance des anciennes colonies britanniques.

Fondées sur la coutume et les précédents, les conventions constitutionnelles sont habituellement des règles non écrites. Toutefois certaines ont pu être consignées dans les comptes rendus et documents des conférences impériales, dans le préambule des lois tel le Statut de Westminster, 1931, ou dans les comptes rendus et documents des conférences fédérales-provinciales. Régulièrement les membres des gouvernements s'y réfèrent et les reconnaissent.

Les règles conventionnelles de la Constitution présentent une particularité frappante. Contrairement au droit constitutionnel, elles ne sont pas administrées par les tribunaux. Cette situation est notamment due au fait qu'à la différence des règles de common law, les conventions ne sont pas des

¹⁸ [1938] R.C.S. 71 à la p. 78.

¹⁹ [1922] 1 A.C. 202 à la p. 210.

règles judiciaires. Elles ne s'appuient pas sur des précédents judiciaires, mais sur des précédents établis par les institutions mêmes du gouvernement. Elles ne participent pas non plus des ordres législatifs auxquels les tribunaux ont pour fonction et devoir d'obéir et qu'ils doivent respecter. En outre, les appliquer signifierait imposer des sanctions en bonne et due forme si elles sont violées. Mais le régime juridique dont elles sont distinctes ne prévoit pas de sanctions de la sorte pour leur violation.

Peut-être la raison principale pour laquelle les règles conventionnelles ne peuvent être appliquées par les tribunaux est qu'elles entrent généralement en conflit avec les règles juridiques qu'elles postulent. Or les tribunaux sont tenus d'appliquer les règles juridiques. Il ne s'agit pas d'un conflit d'un genre qui entraînerait la perpétration d'illégalités. Il résulte du fait que les règles juridiques créent des facultés, pouvoirs discrétionnaires et droits étendus dont les conventions prescrivent qu'ils doivent être exercés seulement d'une façon limitée, si tant est qu'ils puissent l'être.

Des exemples illustrent ce point.

En droit, la Reine, le gouverneur général ou le lieutenant-gouverneur pourrait refuser de donner la sanction à tous les projets de lois adoptés par les deux chambres du Parlement ou par une assemblée législative selon le cas. Mais par convention, ils ne peuvent de leur propre chef refuser de donner la sanction à aucun projet de loi pour quelque motif que ce soit, par exemple parce qu'ils désapprouvent la politique en cause. Il y a là un conflit entre une règle juridique qui crée un pouvoir discrétionnaire total et une règle conventionnelle qui le neutralise complètement. Mais, comme les lois, les

conventions sont parfois violées. Si cette convention particulière était violée et la sanction refusée à tort, les tribunaux seraient tenus d'appliquer la loi et non la convention. Ils refuseraient de reconnaître la validité d'une loi qui a fait l'objet d'un veto. C'est ce qui s'est produit dans l'affaire Gallant v. The King²⁰. Le jugement dans cette affaire est en harmonie avec l'arrêt classique Stockdale v. Hansard²¹ où, en Angleterre, la Cour du banc de la Reine a décidé que seules la Reine et les deux chambres du Parlement pouvaient faire ou défaire les lois. Le lieutenant-gouverneur qui avait refusé la sanction dans l'affaire Gallant l'a apparemment fait vers la fin de son mandat. S'il en avait été autrement, il n'est pas inconcevable que son refus aurait entraîné une crise politique qui aurait amené sa destitution, ce qui montre que si remédier à une violation de convention ne relève pas des tribunaux, par contre la violation n'est pas nécessairement sans remède. Le remède relève d'autres institutions gouvernementales; en outre, ce n'est pas un remède formel et il peut être administré avec moins de certitude ou de régularité qu'il le serait par un tribunal.

Une convention fondamentale dont on a parlé ci-dessus offre un autre exemple du conflit entre droit et convention: si après une élection générale où l'opposition a obtenu la majorité des sièges, le gouvernement refusait de donner sa démission et s'accrochait au pouvoir, il commettrait

²⁰ [1949] 2 D.L.R. 425; [1949] 22 M.P.R. 48: Voir aussi un commentaire de la situation par K.M. Martin à (1946) 24 Rev. Bar. Can. 434.

²¹ [1839] 9 A and E. 1.

par là une violation fondamentale des conventions, si sérieuse d'ailleurs qu'on pourrait la considérer équivalente à un coup d'état. Le remède dans ce cas relèverait du gouverneur général ou du lieutenant-gouverneur selon le cas, qui serait justifié de congédier le ministère et de demander à l'opposition de former le gouvernement. Mais si la Couronne n'agissait pas promptement, les tribunaux ne pourraient rien y faire si ce n'est au risque de créer un état de discontinuité juridique, c'est-à-dire une forme de révolution. Une ordonnance ou un règlement adopté par un ministre en vertu de pouvoirs conférés par la loi et valide par ailleurs ne pourrait être invalidé aux motifs que, par convention, le ministre ne devrait plus être ministre. Un bref de quo warranto visant les ministres, en supposant que le quo warranto puisse être utilisé contre un ministre de la Couronne, ce qui est très douteux, ne serait d'aucune utilité pour les destituer. Si on leur demandait de justifier leur présence à un poste ministériel, ils répondraient qu'ils l'occupent de par le bon plaisir de la Couronne aux termes d'un mandat émanant de cette dernière et cette réponse serait complète en droit car, en droit, le gouvernement est en poste de par le bon plaisir de la Couronne bien que par convention il le soit de par la volonté du peuple.

Ce conflit entre la convention et le droit qui empêche les tribunaux de faire respecter les conventions, empêche également ces dernières de se cristalliser en règle de droit, à moins que la cristallisation se fasse par l'adoption d'une loi.

C'est parce que la sanction des conventions relève des institutions gouvernementales autres que les tribunaux, tels le gouverneur général, le lieutenant-gouverneur,

les chambres du Parlement ou l'opinion publique et, en définitive, l'électorat, qu'on dit généralement qu'elles sont politiques.

Avec égards, nous adoptons la définition de convention donnée par le savant juge en chef du Manitoba, le juge Freedman, dans le renvoi du Manitoba aux pp. 13 et 14:

[TRADUCTION] Qu'est-ce qu'une convention constitutionnelle? On trouve d'assez nombreux écrits sur le sujet. Bien qu'il puisse y avoir des nuances entre les constitutionnalistes, les experts en sciences politiques et les juges qui y ont contribué, on peut énoncer comme suit avec un certain degré d'assurance les caractéristiques essentielles d'une convention. Ainsi il existe un consensus général qu'une convention se situe quelque part entre un usage ou une coutume d'une part et une loi constitutionnelle de l'autre. Il y a un consensus général que si l'on cherchait à fixer cette position avec plus de précision, on placerait la convention plus près de la loi que de l'usage ou de la coutume. Il existe également un consensus général qu'"une convention est une règle que ceux à qui elle s'applique considèrent comme obligatoire". Hogg, "Constitutional Law of Canada", (1977), P. 9. Selon la prépondérance des autorités sinon le consensus général, la sanction de la violation d'une convention est politique et non juridique.

Il faut garder à l'esprit toutefois que bien qu'il ne s'agisse pas de lois, certaines conventions peuvent être plus importantes que certaines lois. Leur importance dépend de la valeur ou du principe qu'elles sont censées protéger. En outre, elles forment une partie intégrante de la Constitution et du régime constitutionnel. Elles relèvent du sens du mot "Constitution" dans le préambule de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867:

Considérant que les provinces du Canada, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick ont exprimé le désir de contracter une Union Fédérale ... avec une constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni:

C'est pourquoi il est tout à fait juste de dire que violer une convention revient à faire quelque chose d'inconstitutionnel même si cela n'a aucune conséquence juridique directe. Mais on peut aussi utiliser les termes "constitutionnel" et "inconstitutionnel" dans un sens juridique strict, comme par exemple dans le cas d'une loi déclarée ultra vires ou inconstitutionnelle. Une équation permet peut-être de résumer ce qui précède: conventions constitutionnelles plus droit constitutionnel égalent la Constitution complète du pays.

II - Doit-on répondre aux questions?

Les procureurs du Canada et de l'Ontario ont soutenu qu'il ne fallait pas répondre à la deuxième question des renvois du Manitoba et de Terre-Neuve et à la partie conventionnelle de la question B du renvoi du Québec parce qu'elles ne soulèvent pas de point justiciable des tribunaux et qu'il ne convient pas qu'ils en soient saisis. Ils ont fait valoir que déterminer si une convention particulière existe est une question purement politique. L'existence d'une convention donnée est toujours obscure et sujette à discussion. En outre, les conventions changent, sont relativement imprécises et ne se prêtent pas aux déterminations judiciaires.

La même thèse a été présentée en substance aux trois cours d'instance inférieure et à notre avis, rejetée à bon droit par toutes les trois, avec la dissidence du juge Hall en Cour d'appel du Manitoba.

Nous sommes d'accord avec ce que le juge en chef Freedman écrit à ce sujet à la p. 13 du renvoi du Manitoba:

[TRADUCTION] A mon avis cette thèse va trop loin. Qualifier la question 2 de "purement politique" est une exagération. Il est bien possible qu'il y ait un élément politique dans la question, qui découle du contenu de l'adresse conjointe. Mais cela ne clôt pas la discussion. Si la question 2, tout en étant en partie politique, possède des traits constitutionnels, elle appelle légitimement notre réponse.

A mon sens, demander à cette Cour de décider s'il y a une convention constitutionnelle, dans les circonstances décrites, portant que le fédéral n'agira pas sans l'accord des provinces, soulève une question qui du moins en partie est de nature constitutionnelle. Elle exige donc une réponse et je me propose d'y répondre.

La question 2 n'a pas uniquement à faire avec la légalité pure, mais elle a tout à faire avec un point fondamental de constitutionnalité et de légitimité. Vu le fondement législatif large sur lequel les gouvernements du Manitoba, de Terre-Neuve et du Québec ont le pouvoir de poser des questions à leurs trois cours d'appel respectives, ils ont à notre avis le droit d'obtenir une réponse à une question de ce genre.

En outre, l'un des arguments principaux énoncé par le Manitoba à l'égard de la question 3 est que la convention constitutionnelle mentionnée à la question 2 s'est cristallisée en une règle de droit. Toutes les parties admettent que la question 3 soulève un point de droit. Nous sommes d'accord avec le juge Matas de la Cour d'appel du Manitoba qu'il serait difficile d'y répondre sans faire une analyse des points soulevés par la question 2. Il nous incombe donc de répondre à la question 2.

Enfin, on ne nous demande pas de décider qu'une convention a effectivement abrogé une disposition de l'A.A.N.B., comme c'était le cas dans le Renvoi relatif au

désaveu (précité). On ne nous demande pas de faire respecter une convention. On nous demande de déterminer si elle existe. Les tribunaux l'ont nettement fait à maintes reprises en Angleterre et dans le Commonwealth pour donner un soutien et un cadre à une interprétation constitutionnelle ou législative. Plusieurs de ces arrêts sont mentionnés dans les motifs de la majorité de cette Cour relatifs à la question de savoir si les conventions constitutionnelles sont susceptibles de se cristalliser en règle de droit. Il y en a bien d'autres parmi lesquelles Commonwealth v. Krelinger²², Liversidge v. Anderson²³, Carltona Ltd. v. Commissioners of Works²⁴, Adegbenro v. Akintola²⁵, Ibralebbe v. R.²⁶. Cette Cour a fait de même dans l'arrêt récent Arseneau c. La Reine²⁷ et dans l'arrêt encore inédit rendu le 6 avril 1981 après une nouvelle audition Procureur général du Québec c. Peter Blaikie et autres.

En reconnaissant l'existence de règles conventionnelles, les tribunaux les ont décrites, les ont parfois commentées et ont donné à leur égard des précisions qui découlent de la forme écrite d'un jugement. Ils n'ont pas reculé devant cette tâche à cause des aspects politiques des conventions ni à cause de leur présumé caractère vague, incertain ou changeant.

A notre avis, dans un renvoi constitutionnel nous ne devons pas refuser d'accomplir ce genre d'exercice auquel les tribunaux se livrent depuis des années de leur propre chef.

III - La convention existe-t-elle?

Les procureurs du Canada, de l'Ontario et du

²² [1925] 37 C.L.R. 393.

²³ [1942] A.C. 206.

²⁴ [1943] 2 All E.R. 560.

²⁵ [1963] A.C. 614.

²⁶ [1964] A.C. 900.

²⁷ [1979] 2 R.C.S. 136 à la p. 149.

Nouveau-Brunswick ont soutenu qu'il n'existe pas de convention constitutionnelle qui empêche la Chambre des communes et le Sénat du Canada de déposer devant le Parlement de Westminster un projet de modification de la Constitution du Canada qui a un effet sur les relations fédérales-provinciales, etc., sans le consentement des provinces.

Les procureurs du Manitoba, de Terre-Neuve, du Québec, de la Nouvelle-Écosse, de la Colombie-Britannique, de l'Île-du-Prince-Édouard et de l'Alberta ont soutenu que la convention existe effectivement, qu'elle exige l'accord de toutes les provinces et que la deuxième question des renvois du Manitoba et de Terre-Neuve doit donc recevoir une réponse affirmative.

Le procureur de la Saskatchewan convient que la question doit recevoir une réponse affirmative mais sur un fondement différent. Il soutient que la convention existe effectivement et qu'elle exige un certain degré d'accord provincial. Le procureur de la Saskatchewan soutient en outre que la résolution soumise à la Cour n'a pas reçu un degré suffisant de consentement provincial.

Nous devons dire tout de suite que nous sommes d'accord avec la position du procureur de la Saskatchewan sur ce point.

1. La catégorie de modifications constitutionnelles envisagée par la question

Les modifications constitutionnelles relèvent de trois catégories: (1) les modifications qu'une législature provinciale peut faire seule en vertu du par. 92.1 de l'A.A.N.B.; (2) les modifications que le Parlement du Canada

peut faire seul en vertu du par. 91.1 de l'A.A.N.B.; (3) toutes les autres modifications.

Les deux premières catégories sont sans intérêt aux fins de ces renvois. Bien que la formulation des deuxième et troisième questions des renvois du Manitoba et de Terre-Neuve puisse être assez large pour englober toutes les modifications de la troisième catégorie, il n'est pas nécessaire aux fins présentes d'examiner les modifications qui ont seulement un effet indirect sur les relations fédérales-provinciales. D'une certaine façon, la plupart des modifications de la troisième catégorie sont susceptibles d'avoir un effet sur les relations fédérales-provinciales jusqu'à un certain point. Mais nous devons nous limiter à l'examen des modifications qui ont

... un effet direct sur les relations
fédérales-provinciales en ce sens qu'elle[s] ...
modifie[nt] ... les pouvoirs législatifs fédéral
et provinciaux ...²⁸

La raison en est que l'on doit interpréter les deuxième et troisième questions des renvois du Manitoba et de Terre-Neuve à la lumière de la première question. Elles doivent viser la même catégorie précise de modifications constitutionnelles que celles que l'on cherche à obtenir par le "projet de résolution portant adresse commune à Sa Majesté La Reine concernant la Constitution du Canada". Plus précisément, elles doivent certainement viser des modifications telle la Charte des droits, qui restreint les pouvoirs législatifs fédéraux et provinciaux, et la formule de modification, qui permettrait la modification de la Constitution, y compris la répartition des pouvoirs législatifs.

²⁸ Renvoi sur le Sénat, à la p. 65.

Ces projets de modification ont une caractéristique essentielle: ils ont le plus direct des effets sur les relations fédérales-provinciales en modifiant les pouvoirs législatifs et en fournissant une formule pour effectuer ce changement.

Donc, en substance sinon dans les termes, le point soulevé par la deuxième question des renvois du Manitoba et de Terre-Neuve est de savoir s'il existe une convention constitutionnelle de par laquelle les provinces doivent consentir aux modifications qui changent les pouvoirs législatifs et prévoient une méthode pour effectuer ce changement. Le même point est soulevé par la question B du renvoi du Québec déjà citée en partie.

2. Conditions à remplir pour établir une convention

Les conditions à remplir pour établir une convention ressemblent à celles qui s'appliquent au droit coutumier. Les précédents et l'usage sont nécessaires mais ne suffisent pas. Ils doivent être normatifs. Nous adoptons le passage suivant de l'ouvrage de sir W. Ivor Jennings The Law and the Constitution²⁹

[TRADUCTION] Nous devons nous poser trois questions: premièrement, y a-t-il des précédents; deuxièmement, les acteurs dans les précédents se croyaient-ils liés par une règle; et troisièmement, la règle a-t-elle une raison d'être? Un seul précédent avec une bonne raison peut suffire à établir la règle. Toute une série de précédents sans raison peut ne servir à rien à moins qu'il ne soit parfaitement certain que les personnes visées se considèrent ainsi liées.

²⁹ 5^e éd. 1959, à la p. 136.

i) Les précédents

On trouve dans le Livre blanc publié en 1965 sous l'autorité de l'honorable Guy Favreau, alors ministre de la Justice du Canada, sous le titre "Modifications de la Constitution du Canada" un historique des lois édictées par le Parlement de Westminster pour modifier la Constitution du Canada (le Livre blanc). Cet historique est cité dans le Renvoi sur le Sénat (précité), mais nous estimons nécessaire de le reproduire ici pour plus de commodité:

- (1) L'Acte de la Terre de Rupert de 1868 autorisa le Canada à acquérir les droits de la Compagnie de la baie d'Hudson sur la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest. Il prévoyait aussi que la Couronne, sur présentation d'adresses de la part des chambres du Parlement du Canada, pourrait déclarer que le territoire ferait partie du Canada, et que le Parlement du Canada pourrait faire des lois pour y assurer la paix, l'ordre et le bon gouvernement.
- (2) L'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1871 ratifia l'Acte du Manitoba adopté par le Parlement du Canada en 1870, qui créait la province du Manitoba et lui donnait une constitution semblable à celles des autres provinces. De plus, l'Acte conférait au Parlement du Canada le pouvoir d'ériger de nouvelles provinces dans n'importe quel territoire canadien non compris alors dans une province, de modifier les limites de toute province (avec l'accord de sa Législature) et de pourvoir à l'administration, la paix, l'ordre et le bon gouvernement de tout territoire non compris dans une province.
- (3) L'Acte du Parlement du Canada de 1875 modifia l'article 18 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1867, qui énonce les privilèges, immunités et pouvoirs de chacune des chambres du Parlement.
- (4) L'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1886 autorisa le Parlement du Canada à pourvoir à la représentation au Sénat et à la Chambre des Communes de tout territoire non compris dans une province.
- * (5) La Loi de 1893 sur la revision du droit statutaire abrogea certaines dispositions périmées de l'Acte de 1867.

- (6) L'Acte concernant l'Orateur canadien (nomination d'un suppléant) de 1895 confirma une loi du Parlement du Canada qui permet la nomination d'un orateur suppléant au Sénat.
- (7) L'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1907 établit une nouvelle échelle de subventions financières aux provinces en remplacement de celles qui sont prévues à l'article 118 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1867. Tout en n'abrogeant pas expressément l'article primitif, il en rendit les dispositions inopérantes.
- (8) L'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1915 redéfinit les divisions sénatoriales du Canada pour tenir compte de l'existence des provinces du Manitoba, de la Colombie-Britannique, de la Saskatchewan et de l'Alberta. Bien qu'il n'ait pas modifié expressément le texte de l'article 22 primitif, il en a sûrement changé la portée.
- (9) L'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1916 prolongea la durée du Parlement du Canada alors en fonctions au delà de la période normale de cinq ans.
- * (10) La Loi de 1927 sur la revision du droit statutaire une fois encore abrogea des dispositions périmées ou désuètes des statuts du Royaume-Uni, y compris deux dispositions des Actes de l'Amérique du Nord britannique.
- (11) L'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1930 confirma les accords relatifs aux ressources naturelles intervenus entre le gouvernement du Canada et ceux du Manitoba, de la Colombie-Britannique, de l'Alberta et de la Saskatchewan et leur donna force de loi, nonobstant toute disposition contraire des Actes de l'Amérique du Nord britannique.
- (12) Le Statut de Westminster de 1931, tout en ne modifiant pas directement les Actes de l'Amérique du Nord britannique, changea certaines de leurs dispositions. C'est ainsi, par exemple, que le Parlement du Canada fut autorisé à faire des lois ayant une portée extra-territoriale. En outre, le Parlement et les législatures des provinces furent habilités, dans la limite des pouvoirs respectifs que leur confèrent les Actes de l'Amérique du Nord britannique, à abroger tout statut du Royaume-Uni faisant alors partie des lois du Canada à l'exception expresse, cependant, de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique lui-même.
- (13) L'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1940 accorda au Parlement du Canada la compétence exclusive de légiférer en matière d'assurance-chômage.

- (14) L'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1943 ajourna le rajustement de la représentation à la Chambre des Communes jusqu'à la première session du Parlement qui suivrait la fin des hostilités.
 - (15) L'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1946 remplaça l'article 51 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1867 et changea les dispositions relatives au rajustement de la représentation à la Chambres des Communes.
 - (16) L'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1949 sanctionna les Conditions d'union entre le Canada et Terre-Neuve.
 - (17) L'Acte de l'Amérique du Nord britannique (n° 2) de 1949 habilita le Parlement du Canada à modifier la Constitution du Canada, à l'exception de certaines catégories de sujets.
 - * (18) La Loi de 1950 sur la revision du droit statutaire abrogea un article désuet de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1867.
 - (19) L'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1951 autorisa le Parlement du Canada à légiférer concurremment avec les provinces sur les pensions de vieillesse.
 - (20) L'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1960 modifia l'article 99 et changea la durée des fonctions des juges des cours supérieures.
 - (21) L'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1964 modifia les pouvoirs conférés au Parlement du Canada par l'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1951 au sujet des pensions de vieillesse et des prestations additionnelles.
 - (22) Modifications par arrêté en conseil
L'article 146 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique prévoyait l'adjonction au Canada d'autres territoires de l'Amérique du Nord britannique par arrêté en conseil et stipulait que les dispositions de tels arrêtés auraient le même effet que si elles avaient été édictées par le Parlement du Royaume-Uni. En vertu de cet article, la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest furent admis par arrêté en conseil du 23 juin 1870; la Colombie-Britannique par arrêté en conseil du 16 mai 1871; et l'île-du-Prince-Édouard par arrêté en conseil du 26 juin 1873. Comme tous ces arrêtés renferment des dispositions d'un caractère constitutionnel, ayant pour objet d'adapter les clauses de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique aux nouvelles provinces, - avec les variations nécessaires dans chaque cas, - ils doivent être considérés comme des modifications d'ordre constitutionnel.
- * Il semble que le Parlement de Westminster ait adopté ces modifications de sa propre initiative et non en réponse à une résolution conjointe du Sénat et de la Chambre des communes.

Pour les motifs déjà énoncés, il faut faire un choix parmi ces précédents. On doit aussi les considérer du point de vue positif de même que du point de vue négatif.

Sur ces vingt-deux modifications ou groupes de modifications, cinq ont un effet direct sur les relations fédérales-provinciales en ce sens qu'elles changent les pouvoirs législatifs provinciaux: il s'agit de la modification de 1930, du Statut de Westminster, 1931, et des modifications de 1940, 1951 et 1964.

Aux termes des conventions confirmées par la modification de 1930, les provinces de l'Ouest ont reçu la propriété et le contrôle administratif de leurs ressources naturelles pour qu'elles soient sur un pied d'égalité à cet égard avec les colonies qui se sont unies à l'origine. Les provinces de l'Ouest ont toutefois reçu ces ressources naturelles assujetties à des restrictions sur leur pouvoir de légiférer relativement aux droits de chasse et de pêche des Indiens. En outre, ces conventions ont fourni un objet très important au pouvoir provincial de légiférer relativement à "l'administration et la vente des terres publiques appartenant à la province, et des bois et forêts qui s'y trouvent" en vertu du par. 92.5 de l'A.A.N.B. Le titre complet de l'Acte est le suivant:

Acte pour confirmer et donner effet à certaines conventions passées entre le Gouvernement du Dominion du Canada et les Gouvernements des provinces du Manitoba, de la Colombie-Britannique, de l'Alberta et de la Saskatchewan respectivement

Le préambule de l'Acte énonce que "le Parlement du Canada et la Législature de la Province à laquelle elle a trait ont approuvé chacune des dites conventions". Les autres provinces ne perdirent ni pouvoir ni droit ou privilège en conséquence. De toute façon le projet de transfert des ressources naturelles

aux provinces de l'Ouest avait été discuté à la conférence Dominion-Provinces de 1927 et avait recueilli l'approbation générale: Paul Gérin-Lajoie, Constitutional Amendment in Canada³⁰.

Toutes les provinces ont souscrit à l'adoption du Statut de Westminster, 1931. Il modifiait les pouvoirs législatifs: le Parlement et les législatures furent habilités, dans la limite de leurs pouvoirs, à abroger toutes lois du Royaume-Uni qui faisaient alors partie des lois du Canada; le Parlement fut également autorisé à faire des lois d'une portée extra-territoriale.

La modification de 1940 est d'un intérêt particulier en ce qu'elle transfère un pouvoir législatif exclusif des législatures provinciales au Parlement du Canada.

En 1938, le discours du Trône déclarait:

Le Gouvernement a voulu s'assurer le concours des provinces aux fins d'apporter à l'Acte de l'Amérique britannique du Nord une modification autorisant le Parlement du Canada à établir sans délai un régime national d'assurance-chômage. Mes ministres espèrent que la proposition sera approuvée assez tôt pour qu'une loi sur l'assurance-chômage soit adoptée dès la présente session du Parlement.³¹

En novembre 1937, le gouvernement du Canada était entré en rapport avec les provinces pour leur demander leur avis en principe. Plus tard, un projet de modification circula. Dès mars 1938, cinq des neuf provinces avaient approuvé le projet de modification. L'Ontario avait donné son accord de principe, mais l'Alberta, le Nouveau-Brunswick et le Québec

³⁰ 1950, University of Toronto Press, aux pp. 91 et 92.

³¹ Débats des Communes, 1938, à la p. 2.

avaient refusé de s'y joindre. Le projet de modification n'eut pas de suite jusqu'en juin 1940 où le premier ministre King annonça à la Chambre des communes que les neuf provinces avaient donné leur accord au projet de modification³².

Les modifications de 1951 et 1964 ont changé les pouvoirs législatifs: des domaines de compétence provinciale exclusive sont devenus des domaines de compétence législative concurrente. Toutes les provinces y ont donné leur accord.

Ces cinq modifications sont les seules que l'on peut considérer comme des précédents positifs qui ont eu un effet direct sur les relations fédérales-provinciales en ce sens qu'elles ont modifié les pouvoirs législatifs.

Les cinq modifications ont reçu l'approbation de chacune des provinces dont le pouvoir législatif était ainsi touché.

En termes négatifs, on ne trouve depuis la Confédération aucune modification qui change les pouvoirs législatifs provinciaux sans l'accord d'une province dont les pouvoirs législatifs auraient ainsi été modifiés.

Il n'existe aucune exception.

En outre, en des termes négatifs encore plus éloquents, en 1951, un projet de modification fut mis de l'avant pour donner aux provinces un pouvoir limité en matière de taxation indirecte. L'Ontario et le Québec s'y opposèrent et le projet n'a pas eu de suite³³.

³² Paul Gérin-Lajoie, (op. cit.) à la p. 106.

³³ Débats des Communes, 1951 aux pp. 2742 et 2786 à 2804.

La conférence constitutionnelle de 1960 avait élaboré une formule de modification de la Constitution du Canada. Aux termes de cette formule, la répartition des pouvoirs législatifs aurait pu être modifiée. La grande majorité des participants ont jugé la formule acceptable, mais il subsistait des divergences et le projet n'eut pas de suite³⁴.

En 1964, une conférence des premiers ministres adopta à l'unanimité une formule de modification qui aurait permis la modification des pouvoirs législatifs. Le Québec retira ultérieurement son accord et le projet n'eut pas de suite³⁵.

Finalement, en 1971, des projets de modification qui comprenaient une formule de modification ont été approuvés par le gouvernement fédéral et huit des dix gouvernements provinciaux. Le Québec était en désaccord et la Saskatchewan qui avait un nouveau gouvernement n'a pas pris position parce qu'on estimait que le désaccord du Québec rendait la question théorique. Le projet n'eut pas de suite³⁶.

L'accumulation de ces précédents, positifs et négatifs, concordants et sans exception, ne suffit pas en soi à établir l'existence de la convention, mais indubitablement, elle nous oriente dans sa direction. D'ailleurs, si les précédents se trouvaient seuls, on pourrait alléguer que l'unanimité est requise.

³⁴ Le Livre blanc, à la p. 29.

³⁵ Comité conjoint spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada, n° 5, 23 août 1978, à la p. 14, M. le professeur Lederman.

³⁶ Gérald A. Beaudoin, Le partage des pouvoirs, Editions de l'Université d'Ottawa, Ottawa, 1980, à la p. 349.

Dans le Renvoi sur le Sénat (précité), cette Cour a est allée assez loin lorsqu'elle a reconnu la signification de certains de ces précédents aux pp. 63 à 65:

Les modifications de 1940, 1951, 1960 et 1964, concernant l'assurance-chômage, les pensions de vieillesse, la retraite obligatoire des juges et des prestations supplémentaires aux pensions de vieillesse, ont toutes été faites du consentement unanime des provinces.

...

La modification de 1949 qui a édicté le par. 91(1) de l'Acte visait manifestement à obvier à la nécessité de la promulgation d'une loi par le Parlement britannique pour apporter à l'Acte des modifications qui, jusqu'alors, avaient été obtenues par une résolution conjointe des deux Chambres du Parlement sans le consentement des provinces. Les lois adoptées depuis 1949 en vertu du par. 91(1), n'ont pas, pour citer le Livre blanc, "porté atteinte aux relations fédérales-provinciales". Les lois suivantes ont été adoptées par le Parlement du Canada.

La Cour énumère alors les cinq modifications édictées par le Parlement du Canada conformément au par. 91(1) de l'A.A.N.B. et poursuit:

Toutes ces mesures portaient sur ce que l'on pourrait appeler des questions fédérales "internes" qui, selon la pratique antérieure à 1949, auraient été soumises au Parlement britannique par voie de résolution conjointe des deux Chambres du Parlement sans le consentement des provinces.

A notre avis, et nous l'exprimons avec égard, la majorité de la Cour d'appel du Québec a commis une erreur sur ce point en ne distinguant pas les différents types de modifications constitutionnelles. La Cour d'appel du Québec a mis toutes ou presque toutes les modifications constitutionnelles depuis 1867 sur un pied d'égalité et, comme on pouvait s'y

attendre, a conclu non seulement à l'inexistence d'une convention exigeant le consentement des provinces mais même à l'existence apparente d'une convention à l'effet contraire. (Voir les motifs du juge Crête, juge en chef du Québec, et du juge Turgeon, aux pp. 92 et 124 du dossier du renvoi du Québec. Le juge Owen a souscrit aux motifs du juge Turgeon sur ce point et le juge Bélanger à ceux du juge en chef Crête et du juge Turgeon).

A notre avis, et nous l'exprimons également avec égard, la Cour d'appel du Manitoba a commis une erreur semblable mais de moindre portée ce qui explique peut-être que le juge en chef Freedman ait écrit à la p. 21, en son nom et au nom des juges Matas et Huband sur ce point:

[TRADUCTION] On peut nettement faire valoir que nous nous dirigeons vers ce type de convention. Nous n'y sommes pas encore arrivés.

Nous ne croyons pas qu'il soit nécessaire de traiter des catégories de modifications constitutionnelles autres que celles qui changent les pouvoirs législatifs ou prévoient une méthode pour ce faire. Mais nous allons brièvement traiter de deux modifications sur lesquelles on a insisté pour appuyer l'argument qu'il n'existe pas de convention. Il s'agit de la modification de 1907 qui a augmenté l'échelle des subventions financières aux provinces et de celle de 1949 qui sanctionne les conditions de l'Union entre le Canada et Terre-Neuve.

On a allégué que la Colombie-Britannique s'est opposée à la modification de 1907 qu'avaient approuvée toutes les autres provinces.

Même si c'était le cas, ce précédent constituerait au mieux un argument contre la règle de l'unanimité.

Mais le fait est que la Colombie-Britannique avait effectivement accepté en principe l'augmentation des subventions financières aux provinces; elle en voulait davantage et s'opposait à la finalité proposée de l'augmentation. L'aspect finalité a été supprimé de la modification par les autorités du Royaume-Uni. M. Winston Churchill, sous-secrétaire d'État pour les colonies, a fait le commentaire suivant devant la Chambre des communes:

[TRADUCTION] Par égards pour les arguments présentés par la Colombie-Britannique, les mots "final et immuable" appliqués à l'échelle révisée, ont été omis du projet de loi.³⁷

Finalement, le premier ministre de la Colombie-Britannique n'a pas refusé d'accepter l'adoption de la loi³⁸.

Le juge Turgeon dans le renvoi du Québec a souligné que, sans le consentement du Québec, la modification de 1949 a confirmé la frontière Québec-Labrador qu'avait délimitée le rapport du Comité judiciaire du Conseil privé en date du 1^{er} mars 1927.

L'entrée de Terre-Neuve dans la Confédération était envisagée dès le début par l'art. 146 de l'A.A.N.B. C'est à la demande du Québec en 1904 que le litige relatif à la frontière a été finalement soumis au Comité judiciaire³⁹. Le Québec

³⁷ Commons Debates, (R.-U.), 13 juin 1907, à la p. 1617.

³⁸ A.B. Keith, The Constitutional Law of the British Dominions, 1933, à la p. 109.

³⁹ Procès-verbal du Conseil privé (Canada) C.P. 82 M du 18 avril 1904.

participa à l'audition, représenté par un avocat nommé et payé par la province bien que celle-ci ne soit pas intervenue séparément du Canada. Lors de l'adoption de la modification de 1949, le premier ministre du Québec aurait dit à une conférence de presse simplement que la province aurait dû être "consultée" ou "avisée" par simple "courtoisie". On ne prétend pas qu'il ait dit que le consentement de la province était requis. Voir Luce Patenaude, Le Labrador à l'heure de la contestation⁴⁰. Le premier ministre de la Nouvelle-Écosse a parlé dans le même sens. Ni l'un ni l'autre n'a formulé de demande ni de protestation officielle⁴¹.

Nous ne voyons pas en quoi ce précédent peut avoir un effet sur la convention.

Le juge Turgeon a aussi souligné dans le renvoi du Québec que la Charte des droits en annexe au projet de résolution d'adresse commune ne change pas la répartition des pouvoirs entre le Parlement du Canada et les législatures provinciales.

Cette observation peut vouloir appuyer la proposition qu'il faut distinguer les cinq précédents positifs susmentionnés et que ces précédents ne devraient pas régir la situation soumise à la Cour puisque dans ces cinq cas, la répartition des pouvoirs législatifs a été modifiée.

⁴⁰ 1972, Presses de l'Université de Montréal, aux pp. 6, 7, 13, 14, 193 et 194.

⁴¹ Paul Gérin-Lajoie (op. cit), à la p. 129.

Nous répondons à cet argument que si le consentement des provinces était requis dans ces cinq cas, il le serait a fortiori en l'espèce.

Chacune de ces cinq modifications constitutionnelles entraîne un changement limité des pouvoirs législatifs, relativement à un chef de compétence législative comme l'assurance-chômage. Alors que si le projet de Charte des droits devenait loi, chacun des chefs de compétence législative provinciale (et fédérale) pourrait être touché. En outre, la Charte des droits aurait un effet rétrospectivement de même que prospectivement de sorte que les lois édictées par une province à l'avenir de même que celles édictées dans le passé, même avant la Confédération, seraient susceptibles d'être attaquées en cas d'incompatibilité avec les dispositions de la Charte des droits. Cette Charte diminuerait donc l'autorité législative provinciale sur une échelle dépassant l'effet des modifications constitutionnelles antérieures pour lesquelles le consentement des provinces avait été demandé et obtenu.

Enfin, on a souligné au cours des plaidoiries que dans quatre des cinq modifications mentionnées ci-dessus auxquelles les provinces avaient effectivement donné leur consentement, celui-ci n'était pas mentionné dans les lois adoptées par le Parlement de Westminster. Ceci ne change pas le fait que le consentement avait été obtenu.

ii) Les acteurs qui considèrent la règle comme obligatoire

Dans le Livre blanc on trouve le passage suivant aux pp. 10 et 11:

MÉTHODES ADOPTÉES DANS LE PASSÉ
POUR MODIFIER L'ACTE DE
L'AMÉRIQUE DU NORD BRITANNIQUE

La méthode prévue pour la modification de la constitution est généralement un aspect essentiel du droit qui régit un pays. Cela est particulièrement vrai lorsque la constitution est renfermée dans un texte officiel, comme c'est le cas dans des États fédéraux tels l'Australie, les États-Unis et la Suisse. Dans ces pays, la formule de modification est une partie importante de l'acte constitutif.

Le Canada se trouve, à cet égard, dans une situation exceptionnelle sur le plan constitutionnel. Non seulement l'Acte de l'Amérique du Nord britannique n'habilite aucune autorité législative canadienne à en modifier les dispositions, sauf dans la mesure indiquée au début du présent chapitre, mais il n'indique pas davantage une procédure clairement définie que le Canada pourrait suivre pour obtenir du Parlement britannique des modifications de la Constitution. En conséquence, les façons de procéder ont varié de temps à autre et ont donné lieu régulièrement à des controverses et à des incertitudes quant aux conditions auxquelles la modification de diverses dispositions de la Constitution doit être soumise.

Néanmoins, un certain nombre de règles et de principes, inspirés des méthodes et des moyens grâce auxquels diverses modifications à l'Acte de l'Amérique du Nord britannique ont pu être obtenues depuis 1867, se sont dégagés au cours des années. Bien que n'ayant strictement aucun caractère obligatoire sur le plan constitutionnel, ils ont fini par être reconnus et acceptés dans la pratique comme éléments de la procédure de modification au Canada.

Dans le but d'identifier et de décrire les règles et principes qui se sont ainsi fait jour, les paragraphes qui suivent retracent l'historique des méthodes qui ont été employées depuis 97 ans pour obtenir du Parlement du Royaume-Uni des modifications de la Constitution. Cette revue ne porte pas sur toutes les modifications, mais seulement sur celles qui ont contribué à l'établissement des règles et principes constitutionnels qui sont maintenant acceptés.

Suit une liste de quatorze modifications

constitutionnelles qui auraient "contribué à l'établissement des règles et principes constitutionnels qui sont maintenant acceptés". Le Livre blanc poursuit ensuite par l'énumération de ces principes, à la p. 15:

Les principes généraux suivants se dégagent du résumé qui précède:

Premièrement, bien qu'une loi du Royaume-Uni soit nécessaire pour modifier l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, une telle loi n'est promulguée que sur la demande officielle du Canada. Le Parlement du Royaume-Uni n'adopte aucune loi touchant le Canada à moins qu'elle ne soit demandée et acceptée par le Canada; inversement, toute modification que le Canada a demandée dans le passé a été adoptée.

Deuxièmement, le Parlement du Canada doit autoriser toute demande au Parlement britannique de modifier l'Acte de l'Amérique du Nord britannique. Ce principe a été établi dès le début et l'on ne s'en est pas écarté depuis 1895. Une demande de modification prend invariablement la forme d'une adresse conjointe de la Chambre des Communes et du Sénat du Canada à Sa Majesté.

Troisièmement, le Parlement britannique ne peut procéder à une modification de la Constitution du Canada à la seule demande d'une province canadienne. Certaines tentatives ont été faites par des provinces dans ce sens, mais sans succès. La première, qui remonte à 1868, émanait d'une province qui n'était pas satisfaite à l'époque des conditions de la Confédération. D'autres ont suivi en 1869, 1874 et 1887. Le gouvernement britannique a chaque fois refusé de donner suite aux instances des gouvernements provinciaux, soutenant qu'il ne devait pas intervenir dans les affaires du Canada, sauf s'il en était requis par le gouvernement fédéral agissant au nom de tout le Canada.

Quatrièmement, le Parlement du Canada ne procède pas à une modification de la Constitution intéressant directement les rapports fédératifs sans avoir au préalable consulté les provinces et obtenu leur assentiment. Ce principe ne s'est pas concrétisé aussi tôt que les autres, mais, à partir de 1907 et en particulier depuis 1930, il a été de plus en plus affirmé et accepté. Il n'a pas été facile, cependant, de préciser la nature et l'étendue de la participation provinciale à la procédure de modification.

Le texte qui précède les quatre principes généraux indique clairement qu'il traite des conventions. Il se réfère au droit (et dans le texte anglais aux conventions) qui régissent un pays et aux règles constitutionnelles qui, sans avoir strictement de caractère obligatoire (c'est-à-dire au

sens juridique) ont fini par être reconnues et acceptées dans la pratique comme éléments de la procédure de modification au Canada. Les trois premiers principes généraux sont des énoncés de conventions constitutionnelles bien connues régissant les relations entre le Canada et le Royaume-Uni en ce qui concerne les modifications constitutionnelles.

A notre avis, le quatrième principe général énonce et reconnaît également et indubitablement comme une règle de la Constitution canadienne la convention mentionnée dans la deuxième question des renvois du Manitoba et de Terre-Neuve de même qu'à la question B du renvoi du Québec, savoir, qu'il faut obtenir l'accord provincial aux modifications qui changent les pouvoirs législatifs provinciaux.

Il ne s'agit pas d'une déclaration faite de manière casuelle. On la trouve dans un document soigneusement rédigé dont toutes les provinces ont pris connaissance avant sa publication et qu'elles ont toutes trouvé satisfaisant⁴². Il a été publié comme Livre blanc, soit comme l'exposé officiel d'une politique gouvernementale, sous l'autorité du ministre de la Justice fédéral en tant que membre d'un gouvernement responsable devant le Parlement et pour autant que nous sachions, aucune chambre ne l'a contesté. Par cette déclaration, tous les acteurs dans les précédents reconnaissent que l'exigence d'un consentement provincial est une règle constitutionnelle.

Dans le renvoi du Manitoba, le juge en chef Freedman s'est dit d'avis que la troisième phrase du quatrième principe

⁴² - Débats des Communes, 1965, à la p. 11764.
- Texte documentaire publié par le Gouvernement du Canada, Le rôle du Royaume-Uni dans la modification de la Constitution du Canada (mars 1981), à la p. 33.

général énoncé dans le Livre blanc contredit et donc annule la première phrase.

Avec égards, cette interprétation est erronée. La première phrase vise l'existence de la convention et la troisième, non pas son existence mais le degré d'assentiment provincial nécessaire à l'égard de cette catégorie de modification constitutionnelle. Il semble clair que bien que les précédents pris isolément favorisent la thèse de l'unanimité, l'on ne peut dire que tous les acteurs dans les précédents aient accepté le principe de l'unanimité.

Les déclarations du premier ministre King à la Chambre des communes en 1938 et 1940 sur la modification relative à l'assurance-chômage illustrent cette distinction.

En 1938, certaines provinces n'avaient pas encore donné leur assentiment à la modification relative à l'assurance-chômage et l'on trouve le dialogue suivant dans les Débats de la Chambre des communes:

Le très hon. R.B. BENNETT (chef de l'opposition): Le premier ministre me permettra peut-être de lui poser une question de plus: Croit-il nécessaire ou désirable une entente préalable entre les provinces avant d'agir?

Le très hon. MACKENZIE KING: Je ne crois pas le moment opportun de répondre à cette question. Mieux vaudrait attendre que nous ayons pris tout d'abord connaissance des réponses que nous recevrons.⁴³

⁴³ Débats des Communes, 1938, à la p. 1795. Suivant le texte anglais, texte original, Monsieur Bennett demande si une entente préalable entre toutes les provinces est nécessaire ou désirable.

En 1940, M. J.T. Thorson, qui n'était pas membre du gouvernement à cette époque, a contesté la prétention qu'il était nécessaire d'obtenir l'assentiment des provinces avant de présenter une demande de modification de l'A.A.N.B.

M. Lapointe répondit:

Je puis dire à mon honorable ami que ni le premier ministre ni moi n'avons dit que cela est nécessaire; nous avons dit que cela est désirable.⁴⁴

Mais en fait, voici ce que le premier ministre avait dit:

Nous avons évité tout ce qui aurait pu passer pour une pression sur les provinces et nous avons évité, en outre, une question d'ordre constitutionnel très grave, celle de savoir si, en modifiant l'Acte de l'Amérique britannique du Nord, il est nécessaire d'obtenir l'assentiment de toutes les provinces, ou si le consentement d'un certain nombre d'entre elles aurait pu suffire. Cette question pourra se présenter plus tard; mais, pas au sujet de l'assurance-chômage.⁴⁵

Cette déclaration laisse planer un doute sur le point de savoir si l'unanimité est nécessaire, mais aucun sur le point de savoir si un appui provincial appréciable est requis.

Quant à la réponse de M. Lapointe, elle est neutre et on doit l'accompagner de plusieurs autres déclarations qu'il a faites indiquant la nécessité du consentement des provinces⁴⁶.

⁴⁴ Débats des Communes, 1940, à la p. 1157.

⁴⁵ Débats des Communes, 1940, à la p. 1153.

⁴⁶ Par exemple: Débats des Communes, 1924, à la p. 515.
Débats des Communes, 1925, à la p. 299.
Débats des Communes, 1940, à la p. 1145.
Débats des Communes, 1951, aux pp. 1467 et 1468

Le premier ministre Bennett avait pris une attitude semblable à l'égard de la règle de l'unanimité au cours de la conférence Dominion-provinces de 1931. Selon le compte rendu, il aurait dit:

[TRADUCTION] Quant à l'exigence de l'unanimité pour modifier l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, ceci signifierait qu'une seule province, par exemple l'île-du-Prince-Édouard, pourrait totalement bloquer tout changement. Aucun état ne requiert actuellement l'unanimité. L'Australie ne le fait pas; pas plus que l'Afrique du Sud, un pays bilingue. D'un certain point de vue, il [M. Bennett] pouvait reconnaître que l'unanimité pouvait être désirable, mais d'un autre, cela semble totalement irréaliste vu l'évolution politique actuelle de l'Empire britannique et qui plus est du monde entier. Il doit évidemment exister des mécanismes de protection pour les minorités, mais il ne doit pas y avoir de rigidité absolue à l'égard du changement.⁴⁷

On nous a cité une multitude de déclarations de politiciens canadiens sur ce point. Quelques-unes sont défavorables à la position provinciale, mais elles émanent généralement de politiciens qui, comme M. J.T. Thorson, n'étaient pas ministres en poste et qu'on ne saurait considérer comme des "acteurs dans les précédents".

La plupart des déclarations émanant d'hommes d'état sont favorables à l'exigence conventionnelle du consentement des provinces. Nous n'en citerons que deux.

En discutant la modification de 1943, M. St-Laurent a fait valoir qu'elle ne changeait pas la répartition des pouvoirs fédéraux et provinciaux. Il dit:

⁴⁷ Compte rendu de la conférence Dominion-provinces, 1931, aux pp. 8 et 9.

L'honorable L.S. St-Laurent (ministre de la Justice) ...

[MA TRADUCTION] Je suis prêt à concéder aux honorables députés que si l'on devait proposer des modifications qui changent la répartition des compétences législatives ou administratives entre les provinces d'une part et le Parlement fédéral de l'autre, on ne saurait convenablement le faire sans le consentement de l'organisme à qui la constitution a conféré les pouvoirs que l'on chercherait à lui enlever.

...

A mon avis, il aurait été tout à fait inconvenant d'enlever aux provinces sans leur consentement quelle que chose qui, de par la constitution, leur revient.⁴⁸

La déclaration vise les convenances, c'est-à-dire la conformité aux usages, ce qui est la terminologie ordinairement utilisée pour les conventions constitutionnelles.

En 1960, on a suggéré au premier ministre Diefenbaker que son projet de Déclaration canadienne des droits soit enchâssé dans la Constitution et lie les provinces comme le ferait la Charte des droits annexée au projet de résolution d'adresse commune. Voici comment il a traité de cette suggestion:

D'aucuns prétendent que pour être efficace, la mesure doit s'étendre aux provinces également. Ils doivent se rendre compte qu'il est impossible d'obtenir le consentement de toutes les provinces.

...

Pour ce qui est d'une modification constitutionnelle, elle est impossible à réaliser à l'heure actuelle.

⁴⁸ Débats des Communes 1943, à la p. 4485.

M. Winch: Pourquoi?

M. Diefenbaker: Tout simplement parce qu'on ne pourrait obtenir l'assentiment des provinces à des dispositions qui toucheraient aux droits de propriété et aux droits civils.

...

Je tiens à ajouter que, si jamais les provinces sont disposées à donner leur accord à une modification constitutionnelle comprenant une déclaration des droits qui énoncerait ces libertés, le gouvernement s'empressera de collaborer. Nous présenterons sans tarder une modification constitutionnelle, englobant non seulement la compétence fédérale mais aussi celle des provinces, dès que toutes les provinces y consentiront.⁴⁹

Le premier ministre Diefenbaker était nettement d'avis que la Déclaration canadienne des droits ne pouvait être enchâssée dans la Constitution et devenir applicable aux provinces sans leur consentement à toutes. Nous avons aussi indiqué que bien que les précédents favorisent l'unanimité, il ne semble pas que tous les acteurs dans les précédents aient accepté que la règle de l'unanimité les lie.

En 1965, le Livre blanc énonçait:

Il n'a pas été facile ... de préciser la nature et l'étendue de la participation provinciale à la procédure de modification.

Il ne s'est rien produit depuis cette époque qui nous permettrait de conclure de façon plus précise.

On ne peut pas dire non plus que ce manque de précision est tel qu'il empêche le principe d'acquiescer le statut constitutionnel de règle conventionnelle. Si un consensus s'était dégagé sur le degré d'accord provincial nécessaire, une formule de modification aurait rapidement été adoptée et nous ne nous trouverions plus dans le domaine des

⁴⁹ Débats des Communes, 1960, aux pp. 5891 et 5892.

conventions. Exiger autant de précision que s'il en était ainsi et que s'il s'agissait d'une règle de droit revient à nier que ce secteur de la Constitution canadienne peut être régi par des règles conventionnelles.

En outre, le gouvernement du Canada et les gouvernements des provinces ont tenté d'en venir à un consensus sur une formule de modification au cours des dix conférences fédérales-provinciales tenues en 1927, 1931, 1935, 1950, 1960, 1964, 1971, 1978, 1979 et 1980 ⁵⁰. Un problème majeur à ces conférences était la mesure du consentement provincial. Aucun consensus ne s'est dégagé sur ce point. Mais la discussion de ce point précis depuis plus de cinquante ans postule que tous les gouvernements en cause reconnaissent clairement le principe qu'un degré appréciable de consentement provincial est nécessaire.

Il ne convient pas que la Cour conçoive dans l'abstrait une formule précise qui indiquerait en termes positifs quel degré de consentement provincial est nécessaire pour que la convention soit respectée. Les conventions, de par leur nature, s'élaborent dans l'arène politique et il revient aux acteurs politiques, et non à cette Cour, de fixer l'étendue du consentement provincial nécessaire.

Il suffit que la Cour décide qu'au moins un degré appréciable de consentement provincial est nécessaire et décide ensuite si la situation qu'on lui soumet y satisfait. En l'espèce l'Ontario et le Nouveau-Brunswick sont d'accord avec les projets de modification alors que les huit autres provinces s'y opposent. Aucune norme concevable ne permettrait de penser que cette situation est à la hauteur. Elle ne révèle nettement

⁵⁰ Gérald A. Beaudoin, op. cit., à la p. 346.

pas un degré d'accord provincial suffisant. On ne peut rien ajouter d'utile à cet égard.

iii) Une raison d'être de la règle

La raison d'être de la règle est le principe fédéral. Le Canada est une union fédérale. Le préambule de l'A.A.N.B. énonce que

les provinces du Canada, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick ont exprimé le désir de contracter une Union Fédérale ...

D'innombrables déclarations judiciaires reconnaissent le caractère fédéral de la Constitution canadienne. Nous n'en citerons qu'une, celle de lord Watson dans l'arrêt Liquidators of the Maritime Bank of New Brunswick (précité) aux pp. 441 et 442:

[TRADUCTION] Le but de l'Acte n'était pas de fusionner les provinces en une seule ni de subordonner les gouvernements provinciaux à une autorité centrale, mais de créer un gouvernement fédéral dans lequel elles seraient toutes représentées et auquel serait confiée de façon exclusive l'administration des affaires dans lesquelles elles avaient un intérêt commun, chaque province conservant son indépendance et son autonomie.

Le principe fédéral est irréconciliable avec un état des affaires où l'action unilatérale des autorités fédérales peut entraîner la modification des pouvoirs législatifs provinciaux. Il irait vraiment à l'encontre du principe fédéral qu'"un changement radical de [la] constitution [soit décidé] à la demande d'une simple majorité des membres de la Chambre des communes et du Sénat canadiens"⁵¹.

⁵¹ Compte rendu de la conférence Dominion-provinces de 1931, à la p. 3.

C'est là un élément essentiel du principe fédéral clairement reconnu à la conférence Dominion-provinces de 1931. Cette conférence fut convoquée pour examiner le projet de Statut de Westminster de même qu'un projet d'art. 7 qui se rapportait exclusivement à la situation canadienne.

A l'ouverture de la conférence, le premier ministre Bennett a déclaré:

[TRADUCTION] Il faut noter que rien dans le Statut ne confère au Parlement du Canada le pouvoir de modifier la Constitution.

La situation qui prévaut est qu'aucune modification de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique ne pourra être faite à l'avenir si ce n'est par suite d'une action appropriée au Canada et à Londres. Par le passé, cette action appropriée s'est concrétisée dans une adresse des deux chambres du Parlement canadien au Parlement de Westminster. On a toutefois reconnu que ceci pourrait entraîner un changement radical de notre constitution à la demande d'une simple majorité des membres de la Chambre des communes et du Sénat canadiens. Le projet initial du Statut semblait, de l'avis de certains gouvernements provinciaux, sanctionner pareille procédure, mais dans le projet soumis à la conférence, ce n'était pas du tout le cas.⁵²

Cette déclaration n'a pas satisfait le premier ministre Taschereau du Québec qui déclarait le lendemain:

[TRADUCTION] Voulons-nous que l'Acte de l'Amérique du Nord britannique soit modifié à la demande du Dominion seulement, sans le consentement des provinces? Voulons-nous qu'il soit modifié par le Parlement du Canada? Le Québec ne peut accepter aucune de ces suggestions. Il n'est pas prêt à convenir que l'Acte de l'Amérique du Nord britannique puisse être modifié sans le consentement des provinces.⁵³

⁵² Compte rendu de la conférence Dominion-provinces de 1931, aux pp. 3 et 4.

⁵³ Compte rendu de la conférence Dominion-provinces de 1931, à la p. 12.

M. Geoffrion de la délégation du Québec proposa une modification au par. 7(1) du projet de loi afin de régler la difficulté.

Le premier ministre Bennett répondit:

[TRADUCTION] Notre but est de laisser les choses en l'état et nous essayons précisément de ne pas faire ce qui, selon M. Taschereau, pourrait en résulter.⁵⁴

Le lendemain, la conférence était saisie d'un autre projet d'art. 7 dont le premier alinéa est celui qui fut adopté en définitive. Le premier ministre Taschereau n'était toujours pas rassuré:

[TRADUCTION] M. Taschereau a déclaré que dans la mesure où l'abrogation de la Loi relative à la validité des lois des colonies est en cause, il n'a aucune objection à faire. En outre, il juge favorablement le nouveau projet d'article 7, mais il a besoin de plus de temps pour l'examiner. Toutefois, tant dans son préambule que dans son article 4, le Statut donne toujours implicitement au Dominion le seul droit de demander une modification de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique. Il met noir sur blanc ce qui a été la pratique par le passé. Pouvons-nous être sûr, a-t-il demandé, que le gouvernement du Dominion ne demandera pas une modification de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique à Westminster sans le consentement des provinces?⁵⁵

Le premier ministre Bennett répondit:

[TRADUCTION] M. Bennett a estimé que le paragraphe 1 du nouvel article 7 devrait mettre fin aux craintes de M. Taschereau concernant la modification de la constitution par l'action unilatérale du Dominion. M. Taschereau répondit qu'il voyait bien que le pouvoir de modification n'était pas changé par le Statut, mais que la pratique à cet égard avait été mise noir sur blanc et que cette pratique, qui exclut les provinces, n'est pas satisfaisante.

Selon M. Bennett, le Statut ne va pas si

⁵⁴ Compte rendu de la conférence Dominion-provinces de 1931, à la p. 13.

⁵⁵ Compte rendu de la conférence Dominion-provinces de 1931, à la p. 18.

loin. A son avis, pour des modifications mineures telles que le changement du quorum de la Chambre des communes, il n'y avait aucune raison de consulter les provinces, mais pour des modifications plus importantes telles la répartition des pouvoirs législatifs, il faudrait naturellement les consulter.⁵⁶

...

Des modifications antérieures de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique n'avaient pas soulevé de controverse, mais M. Taschereau pouvait assurer ses collègues qu'il n'y aurait aucune modification de l'aspect fédéral de la Constitution du Canada sans consultation des provinces qui, il faut s'en souvenir, ont les mêmes pouvoirs dans leur domaine respectif que le Dominion dans le sien.⁵⁷

Plusieurs premiers ministres partageaient l'inquiétude du premier ministre Taschereau. C'est dans cette optique que le par. 7(1) du Statut de Westminster, 1931, fut reformulé. L'effet juridique de cette nouvelle version est un point que soulève la troisième question des renvois du Manitoba et de Terre-Neuve. Mais le fait qu'il y ait eu une tentative d'action du point de vue juridique donne encore plus d'impact sur le plan conventionnel.

Il est également vrai que le premier ministre Bennett parlait de consultation des provinces plutôt que de leur consentement, mais il faut interpréter cela à la lumière de sa déclaration précitée où il exprime sa répugnance à accepter le principe de l'unanimité.

En outre, comme on peut le lire dans le quatrième principe général du Livre blanc, l'exigence du consentement provincial ne s'est pas concrétisée aussi tôt que d'autres principes, mais à partir de 1907 et en particulier de 1930, il a été de plus en plus affirmé et accepté. Le compte rendu de la conférence Dominion-provinces de 1931 le démontre clairement.

⁵⁶ Compte rendu de la conférence Dominion-provinces de 1931, à la p. 19.

⁵⁷ Compte rendu de la conférence Dominion-provinces de 1931, aux pp. 19 et 20.

Viennent ensuite les précédents positifs de 1940, 1951 et 1964 de même que les précédents négatifs de 1951, 1960 et 1964, tous discutés ci-dessus. En 1965, la règle était reconnue comme une règle constitutionnelle obligatoire formulée dans le quatrième principe général du Livre blanc déjà cité qui se lit en partie comme suit:

Quatrièmement, le Parlement du Canada ne procède pas à une modification de la Constitution intéressant directement les rapports fédératifs sans avoir au préalable consulté les provinces et obtenu leur assentiment.

Le but de cette règle conventionnelle est de protéger le caractère fédéral de la Constitution canadienne et d'éviter l'anomalie par laquelle la Chambre des communes et le Sénat pourraient obtenir par simple résolution ce qu'ils ne pourraient valablement accomplir par une loi.

Les procureurs du Canada, de l'Ontario et du Nouveau-Brunswick ont soutenu que les projets de modification ne vont pas à l'encontre du principe fédéral et que, s'ils devenaient lois, le Canada serait toujours une fédération. Le principe fédéral serait même renforcé, a-t-on dit, puisque les provinces auraient juridiquement un rôle important à jouer vu la formule de modification.

Il est vrai que le Canada resterait une fédération si les projets de modification devenaient lois. Mais ce serait une fédération différente devenue telle à la demande d'une majorité des Chambres du Parlement fédéral agissant seul. C'est ce processus même qui va à l'encontre du principe fédéral.

Le procureur de la Saskatchewan a suggéré que le projet de modification était peut-être divisible; que le projet

de Charte des droits allait à l'encontre du principe fédéral puisqu'il changerait unilatéralement les pouvoirs législatifs alors que le projet de formule de modification ne porterait pas atteinte au principe fédéral.

Nous ne pouvons accéder à cette suggestion. Les procureurs du Canada (de même que ceux des autres parties et de tous les intervenants) ont adopté la position ferme que le projet de modification constitue un ensemble indivisible. De plus, et pour répéter, quel que soit le résultat, le processus porte atteinte au principe fédéral. C'est en tant que protection contre ce processus que la convention constitutionnelle est née.

IV - Conclusion

Sans exprimer d'opinion sur son degré, nous en venons à la conclusion que le consentement des provinces du Canada, est constitutionnellement nécessaire à l'adoption du "Projet de résolution portant adresse commune à Sa Majesté la Reine relativement à la Constitution du Canada" et que l'adoption de cette résolution sans ce consentement serait inconstitutionnelle au sens conventionnel.

Sous réserve de ces motifs, nous sommes d'avis de répondre à la deuxième question des renvois du Manitoba et de Terre-Neuve et à la partie de la question B du renvoi du Québec qui porte sur les conventions de la façon suivante:

2. Y a-t-il une convention constitutionnelle aux termes de laquelle la Chambre des communes et le Sénat du Canada ne peuvent, sans le consentement préalable des provinces, demander à Sa Majesté la Reine de déposer devant le Parlement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du

Nord un projet de modification de la Constitution du Canada qui a un effet sur les relations fédérales-provinciales ou les pouvoirs, les droits ou les privilèges que la Constitution du Canada accorde ou garantit aux provinces, à leurs législatures ou à leurs gouvernements?

OUI

- B. La constitution canadienne habilite-t-elle ... par ... convention ... le Sénat et la Chambre des communes du Canada à faire modifier la constitution canadienne sans l'assentiment des provinces et malgré l'objection de plusieurs d'entre elles de façon à porter atteinte:

(1) à l'autorité législative des législatures provinciales en vertu de la constitution canadienne?

(ii) au statut ou rôle des législatures ou gouvernements provinciaux au sein de la fédération canadienne?

NON

SUPREME COURT OF CANADA

IN THE MATTER of an Act for expediting
the decision of constitutional and
other provincial questions, being
R.S.M. 1970, c. C-180

AND IN THE MATTER of a Reference pursuant
thereto by the Lieutenant Governor in
Council to the Court of Appeal for Manitoba
for hearing the consideration, the questions
concerning the amendment of the Constitution
of Canada as set out in Order in Council
No. 1020/80

THE ATTORNEY GENERAL OF MANITOBA

(Appellant)

-and-

THE ATTORNEY GENERAL OF QUEBEC
THE ATTORNEY GENERAL OF NOVA SCOTIA
THE ATTORNEY GENERAL OF BRITISH COLUMBIA
THE ATTORNEY GENERAL OF PRINCE EDWARD ISLAND
THE ATTORNEY GENERAL OF SASKATCHEWAN
THE ATTORNEY GENERAL OF ALBERTA
THE ATTORNEY GENERAL OF NEWFOUNDLAND
FOUR NATIONS CONFEDERACY INC.

(Intervenors)

v.

THE ATTORNEY GENERAL OF CANADA

(Respondent)

-and-

THE ATTORNEY GENERAL OF ONTARIO
THE ATTORNEY GENERAL OF NEW BRUNSWICK

(Intervenors)

IN THE MATTER of Section 6 of
The Judicature Act, R.S.N. 1970,
c. 187 as amended,

AND IN THE MATTER OF a Reference by the
Lieutenant-Governor in Council concerning
the effect and validity of the amendments
to the Constitution of Canada sought in
the 'Proposed Resolution for a Joint
Address to Her Majesty The Queen respecting
the Constitution of Canada'

THE ATTORNEY GENERAL OF CANADA

(Appellant)

-and-

THE ATTORNEY GENERAL OF ONTARIO
THE ATTORNEY GENERAL OF NEW BRUNSWICK

(Intervenors)

v.

THE ATTORNEY GENERAL OF NEWFOUNDLAND

(Respondent)

-and-

THE ATTORNEY GENERAL OF QUEBEC
 THE ATTORNEY GENERAL OF NOVA SCOTIA
 THE ATTORNEY GENERAL OF MANITOBA
 THE ATTORNEY GENERAL OF BRITISH COLUMBIA
 THE ATTORNEY GENERAL OF PRINCE EDWARD ISLAND
 THE ATTORNEY GENERAL OF SASKATCHEWAN
 THE ATTORNEY GENERAL OF ALBERTA
FOUR NATIONS CONFEDERACY INC.

(Intervenors)

AND IN THE MATTER of a Reference to
 the Court of Appeal of Quebec relative
 to a draft Resolution containing a
 joint address to Her Majesty The Queen
 concerning the Constitution of Canada

THE ATTORNEY GENERAL OF QUEBEC

(Appellant/Respondent)

-and-

THE ATTORNEY GENERAL OF CANADA

(Respondent/Appellant)

-and-

THE ATTORNEY GENERAL FOR MANITOBA
 THE ATTORNEY GENERAL OF BRITISH COLUMBIA
 THE ATTORNEY GENERAL OF PRINCE EDWARD ISLAND
 THE ATTORNEY GENERAL OF ALBERTA
 THE ATTORNEY GENERAL OF NOVA SCOTIA
 THE ATTORNEY GENERAL OF SASKATCHEWAN
FOUR NATIONS CONFEDERACY INC.

(Intervenors supporting the
 Attorney General of Quebec)

-and-

THE ATTORNEY GENERAL OF ONTARIO
THE ATTORNEY GENERAL OF NEW BRUNSWICK

(Intervenors supporting the
 Attorney General of Canada)

CORAM: The Chief Justice and Martland, Ritchie, Dickson,
 Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard and Lamer JJ.

THE CHIEF JUSTICE AND ESTEY AND McINTYRE JJ.:

These reasons are addressed solely to Question 2 in the Manitoba and Newfoundland References and the conventional segment of Question B in the Quebec Reference. Our views upon the other questions raised in the three References are expressed in another judgment. As will be pointed out later, no legal question is raised in the questions under consideration in these reasons and, ordinarily, the Court would not undertake to answer them for it is not the function of the Court to go beyond legal determinations. Because of the unusual nature of these References and because the issues raised in the questions now before us were argued at some length before the Court and have become the subject of the reasons of the majority, with which, with the utmost deference, we cannot agree, we feel obliged to answer the questions notwithstanding their extra-legal nature.

Question 2 in the Manitoba and Newfoundland References is in the form set out hereunder:

2. Is it a constitutional convention that the House of Commons and Senate of Canada will not request Her Majesty the Queen to lay before the Parliament of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland a measure to amend the Constitution of Canada affecting federal-provincial relationships or the powers, rights or privileges granted or secured by the Constitution of Canada to the provinces, their legislatures or governments without first obtaining the agreement of the provinces?

The same question arises from the wording of Question B in the Quebec Reference which asks:

(translation)

- B. Does the Canadian Constitution empower, whether by statute, convention or otherwise, the Senate and the House of Commons of Canada

to cause the Canadian Constitution to be amended without the consent of the provinces and in spite of the objection of several of them, in such a manner as to affect:

(i) the legislative competence of the provincial legislatures in virtue of the Canadian Constitution?

(ii) the status or role of the provincial legislatures or governments within the Canadian Federation?

At the outset it should be observed that the convention referred to in the above questions, and contended for by all objecting provinces except Saskatchewan, is a constitutional convention which requires that before the two Houses of the Canadian Parliament will request Her Majesty the Queen to lay before the Parliament of the United Kingdom a measure to amend the Constitution of Canada, affecting federal-provincial relationships, it will obtain agreement thereto from the Provinces. From the wording of the questions and from the course of argument it is clear that the questions mean the consent of *all* the Provinces. This then is the question which must be answered on this part of the References. An affirmative answer would involve a declaration that such a convention, requiring the consent of *all* the Provinces, exists, while a negative answer would, of course, deny its existence. No other answers can be open to the Court for, on a reference of this nature, the Court may answer only the questions put and may not conjure up questions of its own which, in turn, would lead to uninvited answers: see *Reference re Magistrates' Courts of Quebec*, [1965] S.C.R. 772 (pp. 779-780); *Lord's Day Alliance of Canada v. Attorney-General for Manitoba*, [1925] A.C. 384; *Attorney-General For The Province of Ontario v. Attorney-General For The Dominion Of Canada and Another*, [1912] A.C. 571; and *Reference re Waters and Water-Powers*, [1929] S.C.R. 200.

The position was expressed succinctly in the *Lord's Day Alliance* case by Lord Blanesburgh, at pp. 388-389. He said:

It will be observed that each of these questions is concerned with a state of things resulting from the new Act being duly brought into force. The Lieutenant-Governor-in-Council expresses a desire to be informed as to the legality of the excursions to which he refers only on the assumption that that Act has been made operative, and no question as to their legality apart from the Act is propounded. Their Lordships were, however, strongly urged by the appellants to deal with and dispose of the view that such excursions were lawful in Manitoba independently of the Act altogether - a view expressed by some of the learned judges of the Court of Appeal in this case and foreshadowed in an earlier decision of the same Court.

Their Lordships will refrain from taking this course, for one compelling reason, which they name out of several which would justify reserve in this matter.

Statutes empowering the executive Government, whether of the Dominion of Canada or of a Canadian Province, to obtain by direct request from the Court answers to questions both of fact and law, although intra vires of the respective Legislatures, impose a novel duty to be discharged, but not enlarged by the Court: see *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada* [[1912] A.C. 571]. It is more than ordinarily expedient in the case of such references that a Court should refrain from dealing with questions other than those which on excessive responsibility are in express terms referred to it, and their Lordships will here act upon that view.

Where there is ambiguity, or where questions are phrased in such general terms that a precise answer is difficult or impossible to give, the Court may qualify the answers, answer in general terms, or refuse to answer: see *Reference re Waters and Water-Powers, supra*. No such considerations apply here. There is no ambiguity in the questions before the Court. Question 2 in the Manitoba and Newfoundland References refers without qualification to the "agreement of the provinces". Question B in the Quebec Reference uses the words "the consent of the provinces", also without qualification. The expressions "of the provinces" or "of the provinces of Canada" in this context and in general usage mean in plain English *all* of the Provinces of Canada, and our consideration of the questions must be upon this basis. The

Court, in our view, would not be justified in editing the questions to develop a meaning not clearly expressed. These expressions in ordinary usage mean *each* of the Provinces. This, in turn, connotes all of the provinces. This is so because the question assumes that all provinces are equal regarding their respective constitutional positions. Where the expression "Houses of Parliament" is used in many instances in the record before this Court on these appeals it could hardly be argued that the expression could mean either or one of the Houses of Parliament; that is to say, if the consent of the Houses of Parliament were required by statute, the provision could not be read as including the possibility that the consent of one of the Houses of Parliament would be sufficient. So it is with the questions before us.

What are conventions and, particularly, what are constitutional conventions? While our answers to Question 2 in the Manitoba and Newfoundland References and the conventional segment of Question B in the Quebec Reference will differ from those of the majority of the Court, we are in agreement with much of what has been said as to the general nature of constitutional conventions in the reasons for judgment by the majority, which we have had the advantage of reading. We are in agreement, as well, with the words of Freedman C.J.M. in his reasons for judgment in the Manitoba Reference, referred to with approval and quoted by the majority. We cannot, however, agree with any suggestion that the non-observance of a convention can properly be termed unconstitutional in any strict or legal sense, or that its observance could be, in any sense, a constitutional requirement within the meaning of Question 3 of the Manitoba and Newfoundland References. In a federal state where the essential feature of the Constitution must be the distribution of powers between the two levels of government, each supreme in its own legislative sphere, constitutionality and legality must be synonymous, and conventional rules will be accorded less significance than they may have in a unitary state such as the United Kingdom. At the risk of undue repetition, the point must again be made that constitutionalism in a unitary state and practices in the national and regional political units of a

federal state must be differentiated from constitutional law in a federal state. Such law cannot be ascribed to informal or customary origins, but must be found in a formal document which is the source of authority, legal authority, through which the central and regional units function and exercise their powers.

The Constitution of Canada, as has been pointed out by the majority, is only in part written, *i.e.* contained in statutes which have the force of law and which include, in addition to the *British North America Act* (hereinafter called the *BNA Act*), the various other enactments which are listed in the reasons of the majority. Another, and indeed highly important, part of the Constitution has taken the form of custom and usage, adopting in large part the practices of the Parliament of the United Kingdom and adapting them to the federal nature of this country. These have evolved with time to form with the statutes referred to above and certain rules of the common law a constitution for Canada. This Constitution depends then on statutes and common law rules which declare the law and have the force of law, and upon customs, usages and conventions developed in political science which, while not having the force of law in the sense that there is a legal enforcement process or sanction available for their breach, form a vital part of the Constitution without which it would be incomplete and unable to serve its purpose.

As has been pointed out by the majority, a fundamental difference between the legal, that is the statutory and common law rules of the Constitution, and the conventional rules is that, while a breach of the legal rules, whether of statutory or common law nature, has a legal consequence in that it will be restrained by the courts, no such sanction exists for breach or non-observance of the conventional rules. The observance of constitutional conventions depends upon the acceptance of the obligation of conformance by the actors deemed to be bound thereby. When this consideration is insufficient to compel observance no court may enforce the convention by legal action. The sanction for non-observance of a convention is political in that disregard of a convention may lead to political defeat, to loss of office,

or to other political consequences, but it will not engage the attention of the courts which are limited to matters of law alone. Courts, however, may recognize the existence of conventions and that is what is asked of us in answering the questions. The answer, whether affirmative or negative however, can have no legal effect, and acts performed or done in conformance with the law, even though in direct contradiction of well-established conventions, will not be enjoined or set aside by the courts. For one of many examples of the application of this principle see: *Stella Madzimbamuto v. Desmond William Lardner-Burke and Frederick Phillip George*, [1969] 1 A.C. 645. Simple convention cannot create such a power in either level of government. A Canadian convention could only be of negative effect, that is, to limit the exercise of such power. However, no limitative practice can have the effect of giving away such power where it exists in law.

There are different kinds of conventions and usages, but we are concerned here with what may be termed 'constitutional' conventions or rules of the Constitution. They were described by Professor Dicey in the tenth edition of his *Law Of The Constitution*, at pp. 23-24, in the following passage:

The one set of rules are in the strictest sense "laws", since they are rules which (whether written or unwritten, whether enacted by statute or derived from the mass of custom, tradition, or judge-made maxims known as the common law) are enforced by the courts; these rules constitute "constitutional law" in the proper sense of that term, and may for the sake of distinction be called collectively "the law of the constitution".

The other set of rules consist of conventions, understandings, habits, or practices which, though they may regulate the conduct of the several members of the sovereign power, of the Ministry, or of other officials, are not in reality laws at all since they are not enforced by the courts. This portion of constitutional law may, for the sake of distinction, be termed the "conventions of the constitution", or constitutional morality.

Later, at page 27, after discussing examples from English practice, he said:

...Under the English constitution they have one point in common: they are none of them "laws" in the true sense of that word, for if any or all of them were broken, no court would take notice of their violation.

And further, at pp. 30-31, he added:

With conventions or understandings he [the lawyer and law teacher] has no direct concern. They vary from generation to generation, almost from year to year. Whether a Ministry defeated at the polling booths ought to retire on the day when the result of the election is known, or may more properly retain office until after a defeat in Parliament, is or may be a question of practical importance. The opinions on this point which prevail to-day differ (it is said) from the opinions or understandings which prevailed thirty years back, and are possibly different from the opinions or understandings which may prevail ten years hence. Weighty precedents and high authority are cited on either side of this knotty question; the dicta or practice of Russell and Peel may be balanced off against the dicta or practice of Beaconsfield and Gladstone. The subject, however, is not one of law but of politics, and need trouble no lawyer or the class of any professor of law. If he is concerned with it at all, he is so only in so far as he may be called upon to show what is the connection (if any there be) between the conventions of the constitution and the law of the constitution.

This view has been adopted by Canadian writers, *e.g.* Professor Peter W. Hogg in *Constitutional Law of Canada* dealt with the matter in these terms, at page 7:

Conventions are rules of the constitution which are not enforced by the law courts. Because they are not enforced by the law courts they are best regarded as non-legal rules, but because they do in fact regulate the working of the constitution they are an important concern of the constitutional lawyer. What conventions do is to prescribe the way in which legal powers shall be exercised. Some conventions have the effect of transferring effective power from the legal holder to another official or institution. Other conventions limit an apparently broad legal power, or even prescribe that a legal power shall not be exercised at all.

At page 8, he said:

If a convention is disobeyed by an official, then it is common, especially in the United Kingdom, to describe the official's act or omission as "unconstitutional". But this use of the term unconstitutional must be carefully distinguished from the case where a legal rule of the constitution has been disobeyed. Where unconstitutionality springs from a breach of law, the purported act is normally a nullity and there is a remedy available in the courts. But where "unconstitutionality" springs merely from a breach of convention, no breach of the law has occurred and no legal remedy will be available. If a court did give a remedy for a breach of convention, for example, by declaring invalid a statute enacted for Canada by the United Kingdom Parliament without Canada's request or consent, or by ordering an unwilling Governor General to give his assent to a bill enacted by both houses of Parliament, then we would have to change our language and describe the rule which used to be thought of as a convention as a rule of the common law. In other words a judicial decision could have the effect of transforming a conventional rule into a legal rule. A convention may also be transformed into law by being enacted as a statute.

It will be noted that Professor Hogg, in the quotation immediately above, has expressed the view that a judicial decision could have the effect of transforming a conventional rule into a legal rule, as could the enactment of a convention in statutory form. There can be no doubt that a statute, by enacting the terms of a convention, could create positive law, but it is our view that it is not for the Courts to raise a convention to the status of a legal principle. As pointed out above, courts may recognize the existence of conventions in their proper sphere. That is all that may be properly sought from the Court in answering Question 2 in the Manitoba and Newfoundland References and the conventional part of Question B in the Quebec Reference: an answer by the Court recognizing the existence of the convention or denying its existence. For the Court to postulate some other convention requiring less than unanimous provincial consent to constitutional amendments would be to go beyond the terms of the References and in so doing to answer a question not posed in the References. It would amount, in effect, to an attempt by judicial pronouncement to create an amending formula for the

Canadian Constitution which, in addition to being beyond the Court's power to declare, not being raised in a question posed in any of the References before the Court, would be incomplete for failure to specify the degree or percentage of provincial consent required. Furthermore, all the Provinces, with the exception of Saskatchewan, oppose such a step. Those favouring the position of the federal Parliament, Ontario and New Brunswick, do so because they say no convention exists and those attacking the federal position, Quebec, Nova Scotia, Prince Edward Island, Manitoba, Alberta and British Columbia, do so because they say provincial participation is already fixed by what may be called 'the rule of unanimity'.

Conventions, while frequently unwritten, may nonetheless be reduced to writing. They may be reached by specific agreement between the parties to be bound, or they may more commonly arise from practice and usage. It is true, as well, that conventions can become law but this, in our view, would require some formal legal step such as enactment in statutory form. The *Statute of Westminster* of 1931 affords an example of the enactment of conventions concerning constitutional relations between the United Kingdom and the various Dominions. However a convention may arise or be created, the essential condition for its recognition must be that the parties concerned regard it as binding upon them. While a convention, by its very nature, will often lack the precision and clearness of expression of a law, it must be recognized, known and understood with sufficient clarity that conformance is possible and a breach of conformance immediately discernible. It must play as well a necessary constitutional role.

There are many such conventions of the Canadian Constitution and while at different periods they may have taken different forms, and while change and development have been observable and are, no doubt, continuing

processes, they have been recognized nonetheless as rules or conventions of the Canadian Constitution, known and observed at any given time in Canadian affairs. As the reasons of the majority point out, there are many examples. The general rule that the Governor General will act only according to the advice of the Prime Minister is purely conventional and is not to be found in any legal enactment. In the same category is the rule that after a general election the Governor General will call upon the leader of the party with the greatest number of seats to form a government. The rule of responsible government that a government losing the confidence of the House of Commons must itself resign, or obtain a dissolution, the general principles of majority rule and responsible government underlying the daily workings of the institutions of the executive and legislative branches of each level of government, and a variety of other such conventional arrangements, serve as further illustrations. These rules have an historical origin and bind, and have bound, the actors in constitutional matters in Canada for generations. No one can doubt their operative force or the reality of their existence as an effective part of the Canadian Constitution. They are, nonetheless, conventional and, therefore, distinct from purely legal rules. They are observed without demur because all parties concerned recognize their existence and accept the obligation of observance, considering themselves to be bound. Even though it may be, as the majority of the Court has said, a matter of some surprise to many Canadians, these conventions have no legal force. They are, in short, the product of political experience, the adoption of which allows the political process to function in a way acceptable to the community.

These then are recognized conventions, they are definite, understandable and understood. They have the unquestioned acceptance not only of the actors in political

affairs but of the public at large. Can it be said that any convention having such clear definition and acceptance concerning provincial participation in the amendment of the Canadian Constitution has developed? It is in the light of this comparison that the existence of any supposed constitutional convention must be considered. It is abundantly clear, in our view, that the answer must be No. The degree of provincial participation in constitutional amendments has been a subject of lasting controversy in Canadian political life for generations. It cannot be asserted, in our opinion, that any view on this subject has become so clear and so broadly accepted as to constitute a constitutional convention. It should be observed that there is a fundamental difference between the convention in the Dicey concept and the convention for which some of the Provinces here contend. The Dicey convention relates to the functioning of individuals and institutions within a parliamentary democracy in unitary form. It does not qualify or limit the authority or sovereignty of Parliament or the Crown. The convention sought to be advanced here would truncate the functioning of the executive and legislative branches at the federal level. This would impose a limitation on the sovereign body itself within the Constitution. Surely such a convention would require for its recognition, even in the non-legal, political sphere, the clearest signal from the plenary unit intended to be bound, and not simply a plea from the majority of the beneficiaries of such a convention, the provincial plenary units.

An examination of the Canadian experience since Confederation will, bearing in mind the considerations above described, serve to support our conclusion on this question. It may be observed here that it was not suggested in argument before this Court that there was any procedure for amendment now available other than by the addresses of both Houses of Parliament to Her Majesty the Queen. It was

argued, however, that this was a procedural step only and that before it could be undertaken by Parliament the consent of the Provinces would be required. It is with the frequency with which provincial consents were obtained or omitted, with the circumstances under which consent was or was not sought, with the nature of the amendments involved, and with provincial attitudes towards them that we must concern ourselves. As has been pointed out in other judgments on these References, here and in the other courts, there have been since Confederation some twenty-two amendments to the *BNA Act*. Brief particulars of each amendment taken from the Government paper entitled, "The Amendment of the Constitution of Canada", published in 1965 under the authority of The Hon. Guy Favreau, the federal Minister of Justice, hereinafter referred to as the White Paper, are set out below for convenience of reference.

- (1) *The Rupert's Land Act, 1868* authorized the acceptance by Canada of the rights of the Hudson's Bay Company over Rupert's Land and the North-West Territory. It also provided that, on Address from the Houses of Parliament of Canada, the Crown could declare this territory part of Canada and the Parliament of Canada could make laws for its peace, order and good government.
- (2) *The British North America Act of 1871* ratified the Manitoba Act passed by the Parliament of Canada in 1870, creating the province of Manitoba and giving it a provincial constitution similar to those of the other provinces. The British North America Act of 1871 also empowered the Parliament of Canada to establish new provinces out of any Canadian territory not then included in a province; to alter the boundaries of any province (with the consent of its legislature), and to provide for the administration, peace, order and good government of any territory not included in a province.
- (3) *The Parliament of Canada Act of 1875* amended section 18 of the British North America Act, 1867, which set forth the privileges, immunities and powers of each of the Houses of Parliament.
- (4) *The British North America Act of 1886* authorized the Parliament of Canada to provide for the representation in the Senate and the House of Commons of any territories not included in any province.

- (5) *The Statute Law Revision Act, 1893* repealed some obsolete provisions of the British North America Act of 1867.
- (6) *The Canadian Speaker (Appointment of Deputy) Act, 1895* confirmed an Act of the Parliament of Canada which provided for the appointment of a Deputy-Speaker for the Senate.
- (7) *The British North America Act, 1907* established a new scale of financial subsidies to the provinces in lieu of those set forth in section 118 of the British North America Act of 1867. While not expressly repealing the original section, it made its provisions obsolete.
- (8) *The British North America Act, 1915* re-defined the Senatorial Divisions of Canada to take into account the provinces of Manitoba, British Columbia, Saskatchewan and Alberta. Although this statute did not expressly amend the text of the original section 22, it did alter its effect.
- (9) *The British North America Act, 1916* provided for the extension of the life of the current Parliament of Canada beyond the normal period of five years.
- (10) *The Statute Law Revision Act, 1927* repealed additional spent or obsolete provisions in the United Kingdom statutes, including two provisions of the British North America Acts.
- (11) *The British North America Act, 1930* confirmed the natural resources agreements between the Government of Canada and the Governments of Manitoba, British Columbia, Alberta and Saskatchewan, giving the agreements the force of law notwithstanding anything in the British North America Acts.
- (12) *The Statute of Westminster, 1931* while not directly amending the British North America Acts, did alter some of their provisions. Thus, the Parliament of Canada was given the power to make laws having extraterritorial effect. Also, Parliament and the provincial legislatures were given the authority, within their powers under the British North America Acts, to repeal any United Kingdom statute that formed part of the law of Canada. This authority, however, expressly excluded the British North America Act itself.
- (13) *The British North America Act, 1940* gave the Parliament of Canada the exclusive jurisdiction to make laws in relation to Unemployment Insurance.

- (14) *The British North America Act, 1943* provided for the postponement of re-distribution of the seats in the House of Commons until the first session of Parliament after the cessation of hostilities.
- (15) *The British North America Act, 1946* replaced section 51 of the British North America Act, 1867, and altered the provisions for the readjustment of representation in the House of Commons.
- (16) *The British North America Act, 1949* confirmed the Terms of Union between Canada and Newfoundland.
- (17) *The British North America Act, (No.2), 1949* gave the Parliament of Canada authority to amend the Constitution of Canada with certain exceptions.
- (18) *The Statute Law Revision Act, 1950* repealed an obsolete section of the British North America Act, 1867.
- (19) *The British North America Act, 1951* gave the Parliament of Canada concurrent jurisdiction with the provinces to make laws in relation to Old Age Pensions.
- (20) *The British North America Act, 1960* amended section 99 and altered the tenure of office of superior court judges.
- (21) *The British North America Act, 1964* amended the authority conferred upon the Parliament of Canada by the British North America Act, 1951, in relation to benefits supplementary to Old Age Pensions.
- (22) *Amendment by Order in Council*

Section 146 of the British North America Act, 1867 provided for the admission of other British North American territories by Order in Council and stipulated that the provisions of any such Order in Council would have the same effect as if enacted by the Parliament of the United Kingdom. Under this section, Rupert's Land and the North-Western Territory were admitted by Order in Council on June 23rd, 1870; British Columbia by Order in Council on May 16th, 1871; Prince Edward Island by Order in Council on June 26th, 1873. Because all of these Orders in Council contained provisions of a constitutional character - adapting the provisions of the British North America Act to the new provinces, but with some modifications in each case - they may therefore be regarded as constitutional amendments.

In examining these amendments it must be borne in mind that all do not possess the same relevance or force for the purpose of this inquiry. Question 2 of the Manitoba and Newfoundland References and the conventional segment of Question B in the Quebec Reference raise the issue of the propriety of non-consensual amendments which affect federal-provincial relationships and the powers, rights and privileges of the Provinces. The questions do not limit consideration to those amendments which affected the distribution of legislative powers between the federal Parliament and the provincial legislatures. Since the distribution of powers is the very essence of a federal system, amendments affecting such distribution will be of especial concern to the Provinces. Precedents found in such amendments will be entitled to serious consideration. It does not follow, however, that other amendments which affected federal-provincial relationships without altering the distribution of powers should be disregarded in this inquiry. Consideration must be given in according weight to the various amendments, to the reaction they provoked from the Provinces. This is surely the real test of relevance in this discussion. On many occasions provinces considered that amendments not affecting the distribution of legislative power were sufficiently undesirable to call for strenuous opposition. The test of whether the convention exists, or has existed, is to be found by examining the results of such opposition. Professor William S. Livingston in *Federalism and Constitutional Change*, 1956 (Oxford University Press), made this comment, at page 62, when considering the 1943 amendment which did not affect the distribution of powers, and the 1940 amendment which did:

...The important difference between the two amendments lies, of course, in the fact that that of 1940 clearly and significantly altered the distribution of powers, a part of the constitution which, it has been argued, is especially deserving of the

protection afforded by the principle of unanimous consent. But the facts themselves demonstrate that at least one of the provinces considered the alteration of 1943 sufficiently important to call for long and bitter protests at the disdainful attitude of the Dominion Government. If unanimity is for the protection of provinces, whether singly or collectively, it is reasonable to think that the provinces should be the ones to judge when it should be invoked. By the very operation of the principle, a province will not protest unless it considers the matter at hand worth protesting about.

The true test of the importance of the various amendments for our purpose is a consideration of the degree of provincial opposition they aroused, for whatever reason, the consideration that such opposition received, and the influence it had on the course of the amendment proceedings.

Prior to the amendment effected by the *BNA Act* of 1930 there were at least three amendments, those of 1886, 1907 and 1915, which substantially affected the Provinces and which were procured without the consent of all the Provinces. The amendment of 1886 gave power to Parliament to provide for parliamentary representation in the Senate and House of Commons for territories not forming part of any province, and therefore altered the provincial balance of representation. That of 1907 changed the basis of federal subsidies payable to the Provinces and thus directly affected the provincial interests. That of 1915 redefined territorial divisions for senatorial representation, and therefore had a potential for altering the provincial balance. Those of 1886 and 1915 were passed without provincial consultation or consent, and that of 1907 had the consent of all provinces save British Columbia, which actively opposed its passage both in Canada and in the United Kingdom. The amendment was passed with minor changes. These precedents, it may be said, should by themselves have only a modest influence in the consideration of the question before the Court. It is clear, however, that no support whatever for the convention may be found on an examination of the amendments made up to 1930. None had full provincial approval.

The *BNA Act* of 1930 provided for the transfer of natural resources within the provincial territories to the Provinces of Manitoba, Saskatchewan and Alberta. It also provided for the re-conveyance of certain railway lands to British Columbia. In effecting this amendment the consent of the Provinces directly concerned, *i.e.* the four western Provinces only, was obtained, although the arrangement had received the general approval of the other provinces as expressed at a conference in 1927. This is a precedent of modest weight, but it is worthy of note that despite the fact that the interests of all non-involved provinces were affected by the alienation of the assets formerly under federal control, it was not considered necessary to procure any formal consent from them. It is of more than passing interest to note that in the amending procedure provided for in the *1930 British North America Act Amendment* there is no requirement for consent or participation by any of the other five provinces (as they then were) although their indirect interest in federal resources might be affected.

The amendments of 1943, 1946, 1949, 1949(2), 1950 and 1960 were not considered of great significance on this issue by the parties and little comment was made upon them but all, save that of 1960, were achieved without full provincial consent. This, subject to what is later said concerning the 1943 amendment, leaves for consideration the *Statute of Westminster* of 1931 and the amendments of 1940, 1951 and 1964. The *Statute of Westminster* and the amendments of 1940, 1951 and 1964 affected the Provinces directly. Canadian participation in the settlement of the provisions of the Statute and the said amendments had the consent of all provinces. These examples were heavily relied upon by the objecting provinces to support an affirmative answer to Question 2 of the Manitoba and Newfoundland References and the negative answer to the conventional part of Question B of the Quebec Reference. As

to the *Statute of Westminster*, it freed federal and provincial legislation from the restrictions imposed by the *Colonial Laws Validity Act* of 1865 and gave statutory recognition to certain conventions which had grown up with the development of self-government in the former colonies. The pre-existing division of legislative power between federal and provincial legislatures in Canada was not, however, in any way affected and it did not recognize or give statutory form to any convention requiring provincial consent to the amendment of the *BNA Act*. In fact, it specifically excepted the question of *BNA Act* amendments from its purview in s. 7, ss. 1.

The amendment of 1940 transferring legislative power over unemployment insurance to the federal Parliament also had full provincial consent. It must be observed here, however, that when questioned in the House of Commons on this point Mr. Mackenzie King, then Prime Minister, while acknowledging that consents had been obtained, specifically stated that this course had been followed to avoid any constitutional issue on this point and he disclaimed any necessity for such consent. The following interchange is recorded in the House of Commons Debates, 1940, pp. 1117 and 1122:

Mr. Mackenzie King: ...We have avoided anything in the nature of coercion of any of the provinces. Moreover we have avoided the raising of a very critical constitutional question, namely, whether or not in amending the British North America Act it is absolutely necessary to secure the consent of all the provinces, or whether the consent of a certain number of provinces would of itself be sufficient. That question may come up but not in reference to unemployment insurance at some time later on.

.....

Mr. J. T. Thorson (Selkirk): I shall be only a few moments in my advocacy of this resolution. Unemployment insurance is a very important part of the programme of national reform upon which this country

must embark. I wish, however, to dispute the contention that it is necessary to obtain the consent of the provinces before an application is made to amend the British North America Act. In my opinion there is no such necessity. On the other hand, it is the course of wisdom to advance as advances may be properly made, and I am sure that every hon. member is very glad that all the provinces of Canada have agreed to this measure. But I would not wish this debate to conclude with an acceptance, either direct or implied, of the doctrine that it is necessary to obtain the consent of the provinces before an application is made to amend the British North America Act. Fortunately, this is an academic question at this time.

Mr. Lapointe (Quebec East): May I tell my hon. friend that neither the Prime Minister nor I have said it is necessary but it may be desirable.

Mr. Thorson: The Prime Minister (Mr. Mackenzie King) has made it perfectly clear that the question does not enter into this discussion, in view of the fact that all the provinces have signified their willingness that this amendment should be requested.

It appears from the foregoing that the then Prime Minister recognized the existence of a question on this point. It cannot be said, however, that his words support the view that he considered that there was any convention requiring provincial consent in existence. It is clear, we suggest, that he procured the consent of the Provinces on that occasion in order to avoid raising any question on the subject and as a measure of good politics rather than as a constitutional requirement. It is surely obvious that the federal government would always prefer to have, as a political matter, provincial approval, but the position of the federal authorities as expressed in the foregoing Parliamentary exchange does not support the proposition that they considered that they were bound by any convention.

We are aware, of course, that other declarations have been made upon this subject by persons of high political rank as well as academics of high standing.

Many such pronouncements were cited in argument before us. We do not propose to deal with them in detail. It is sufficient to say that many favour the existence of the convention; many deny its existence. Some of the authors of such statements have contradicted themselves on the point at different times in their careers. The debate on this question has been active and long drawn out but, in our view, has never been resolved in favour of the existence of the convention. The continuation of controversy on the subject among political and academic figures only adds additional weight to the contention that no convention of provincial consent has achieved constitutional recognition to this day.

The amendment of 1951 had full approval from the Provinces, as did that of 1964. The 1951 amendment gave power relating to old age pensions to the federal Parliament and the 1964 amendment was merely a supplementary tidying-up of the original 1951 provisions. In our view, they dealt with the same matter and can stand as only one precedent favouring the existence of the convention.

After examining the amendments made since Confederation, and after observing that out of the twenty-two amendments listed above only in the case of four was unanimous provincial consent sought or obtained and, even after according special weight to those amendments relied on by the Provinces, we cannot agree that history justifies a conclusion that the convention contended for by the Provinces has emerged.

Great weight was put upon the 1940 *Unemployment Insurance Act* amendment as a precedent favouring the existence of the convention. Despite the obtaining of provincial consent for the 1940 amendment, the federal government proceeded three years later to the completion of the amendment of 1943 without provincial consent and in the face of the strong protests of the Province of Quebec. This

amendment did not touch provincial powers. It dealt with the postponement of redistribution of seats in the House of Commons. Nevertheless, it was deemed of sufficient importance by Quebec because its interest was particularly affected to arouse active opposition which was overborne by the federal government in procuring the amendment. Livingston, in discussing this amendment in his text, referred to above, said, at p. 61:

But though the treatment of the 1940 Act came dangerously near acceptance of the principle of unanimous consent, the procedure followed in 1943 destroyed all hope that the question had been settled. The 1943 amendment was for the purpose of postponing the redistribution of seats in the House of Commons until after the war. The redistribution was prescribed by the constitution (Sec.51) and it therefore required an Act of the British Parliament to postpone it. Quebec, whose population had increased more than that of other provinces, was to benefit considerably from the reassignment of seats and was loath to postpone it. But the inconvenience and injustice of reorganizing the basis of representation in wartime impelled the Government to push its proposal through the House. It was introduced and defended by Mr. St. Laurent, then Minister of Justice, and was supported by both Opposition parties; the issue in the House was never in serious doubt. There was no effort on the part of the Dominion Government to consult the provinces, and this action evoked no protest except on the part of Quebec. This province, however, objected strongly to the Government's treatment of the matter and protests were voiced both at Quebec and at Ottawa. The provincial legislature passed a resolution of protest which the Government was requested to transmit to the British Government. Mackenzie King refused, however, replying that the matter concerned only the Dominion Parliament and not the provincial legislatures; that the compact theory was indefensible both in theory and in law; and that the British could not take cognizance of such a communication, since it was bound by the address of the Dominion Parliament. In the House bitter complaints were heard that the Government was simply ignoring the official protest of the Quebec legislature and that such high-handedness abused the constitution and violated the rights of the provinces. But the Government, secure in the support of the Opposition, pressed the matter to a vote without even replying to these protestations.

In summary, we observe that in the one hundred and fourteen years since confederation Canada has grown from a group of four somewhat hesitant colonies into a modern, independent state, vastly increased in size, power and wealth, and having a social and governmental structure unimagined in 1867. It cannot be denied that vast change has occurred in Dominion-Provincial relations over that period. Many factors have influenced this process and the amendments to the *BNA Act* -- all the amendments -- have played a significant part and all must receive consideration in resolving this question. Only in four cases has full provincial consent been obtained and in many cases the federal government has proceeded with amendments in the face of active provincial opposition. In our view, it is unrealistic in the extreme to say that the convention has emerged.

As a further support for the convention argument, the White Paper referred to above was cited and relied upon. It was asserted that the statement of principles set out, at page 15, being an authoritative government pronouncement, was decisive on the point. The summary of principles is set out hereunder:

The first general principle that emerges in the foregoing resumé is that although an enactment by the United Kingdom is necessary to amend the British North America Act, such action is taken only upon formal request from Canada. No Act of the United Kingdom Parliament affecting Canada is therefore passed unless it is requested and consented to by Canada. Conversely, every amendment requested by Canada in the past has been enacted.

The second general principle is that the sanction of Parliament is required for a request to the British Parliament for an amendment to the British North America Act. This principle was established early in the history of Canada's constitutional amendments, and has not been violated since 1895. The procedure invariably is to seek amendments by a joint Address of the Canadian House of Commons and Senate to the Crown.

The third general principle is that no amendment to Canada's Constitution will be made by the British Parliament merely upon the request of a Canadian province. A number of attempts

to secure such amendments have been made, but none has been successful. The first such attempt was made as early as 1868, by a province which was at that time dissatisfied with the terms of Confederation. This was followed by other attempts in 1869, 1874 and 1887. The British Government refused in all cases to act on provincial government representations on the grounds that it should not intervene in the affairs of Canada except at the request of the federal government representing all of Canada.

The fourth general principle is that the Canadian Parliament will not request an amendment directly affecting federal-provincial relationships without prior consultation and agreement with the provinces. This principle did not emerge as early as others but since 1907, and particularly since 1930, has gained increasing recognition and acceptance. The nature and the degree of provincial participation in the amending process, however, have not lent themselves to easy definition.

It is the fourth principle which is stressed by the objecting provinces. In our view, they have attributed too much significance to this statement of the four principles. The author of the White Paper was at pains to say, at page 11:

Certain rules and principles relating to amending procedures have nevertheless developed over the years. They have emerged from the practices and procedures employed in securing various amendments to the British North America Act since 1867. *Though not constitutionally binding in any strict sense*, they have come to be recognized and accepted in practice as part of the amendment process in Canada. *(emphasis added)*

It would not appear that he was satisfied that the principles had become so well-established that they had acquired strict constitutional force. Furthermore, we are unable to accord to the fourth principle the significance given to it by the objecting provinces. The first sentence pronounces strongly in favour of the existence of the convention. If it stopped there, subject to what the author had said earlier, it would constitute a statement of great weight. However, the third sentence contradicts the first and, in fact, cancels it out. By suggesting the possibility of a requirement of

partial provincial consent it answers Question 2 in the Manitoba and Newfoundland References and the conventional segment of Question B in the Quebec Reference against the Provinces. "Increasing recognition", that is 'partial' but not 'complete' recognition, is all that is claimed by the author of the White Paper. A convention requires universal recognition by the actors in a scheme and this is certainly so where, as here, acceptance of a convention involves the surrender of a power by a sovereign body said to be a party to the convention. Furthermore, in recognizing uncertainty in specifying the degree of provincial participation, it denies the existence of any convention including that suggested by the Province of Saskatchewan. If there is difficulty in defining the degree of provincial participation, which there surely is, it cannot be said that any convention on the subject has been settled and recognized as a constitutional condition for the making of an amendment. It is the very difficulty of fixing the degree of provincial participation which, while it remains unresolved, prevents the formation or recognition of any convention. It robs any supposed convention of that degree of definition which is necessary to allow for its operation, for its binding effect upon the persons deemed to be bound, and it renders difficult if not impossible any clear discernment of a breach of the convention. In our view, then the fourth principle enunciated in the White Paper does not advance the provincial argument.

It was also argued that Canada was formed as a federal union and that the existence of a legal power of the central government to unilaterally change the Constitution was inimical to the concept of federalism. The convention then, it was argued, arose out of the necessity to restrain such unilateral conduct and preserve the federal nature of Canada. In this connection, it must be acknowledged at once that, in a federal union, the powers and rights of

each of the two levels of government must be protected from the assault of the other. The whole history of constitutional law and constitutional litigation in Canada since Confederation has been concerned with this vital question. We are asked to say whether the need for the preservation of the principles of Canadian federalism dictates the necessity for a convention, requiring consent from the Provinces as a condition of the exercise by the federal government of its legal powers, to procure amendment to the Canadian Constitution. If the convention requires only partial consent, as is contended by Saskatchewan, it is difficult to see how the federal concept is thereby protected for, while those provinces favouring amendment would be pleased, those refusing consent could claim coercion. If unanimous consent is required (as contended by the other objecting provinces), while it may be said that in general terms the concept of federalism would be protected it would only be by overlooking the special nature of Canadian federalism that this protection would be achieved. The *BNA Act* has not created a perfect or ideal federal state. Its provisions have accorded a measure of paramountcy to the federal Parliament. Certainly this has been done in a more marked degree in Canada than in many other federal states. For example, one need only look to the power of reservation and disallowance of provincial enactments; the power to declare works in a province to be for the benefit of all Canada and to place them under federal regulatory control; the wide powers to legislate generally for the peace, order and good government of Canada as a whole; the power to enact the criminal law of the entire country; the power to create and admit provinces out of existing territories and, as well, the paramountcy accorded federal legislation. It is this special nature of Canadian federalism which deprives the federalism argument described above of its force. This is particularly true

when it involves the final settlement of Canadian constitutional affairs with an external government, the federal authority being the sole conduit for communication between Canada and the Sovereign and Canada alone having the power to deal in external matters. We therefore reject the argument that the preservation of the principles of Canadian federalism requires the recognition of the convention asserted before us.

While it may not be necessary to do so in dealing with Question 2, we feel obliged to make a further comment related to the federalism argument. It was argued that the federal authorities were assuming a power to act without restraint in disregard of provincial wishes which could go so far as to convert Canada into a unitary state by means of a majority vote in the Houses of Parliament. A few words will suffice to lay that argument at rest. What is before the Court is the task of answering the questions posed in three references. As has been pointed out, the Court can do no more than that. The questions all deal with the constitutional validity of precise proposals for constitutional amendment and they form the complete subject-matter of the Court's inquiry and our comments must be made with reference to them. It is not for the Court to express views on the wisdom or lack of wisdom of these proposals. We are concerned solely with their constitutionality. In view of the fact that the unitary argument has been raised, however, it should be noted, in our view, that the federal constitutional proposals, which preserve a federal state without disturbing the distribution or balance of power, would create an amending formula which would enshrine provincial rights on the question of amendments on a secure, legal and constitutional footing, and would extinguish, as well, any presently existing power on the part of the federal Parliament to act unilaterally in constitutional

matters. In so doing, it may be said that the Parliamentary resolution here under examination does not, save for the enactment of the *Charter of Rights*, which circumscribes the legislative powers of both the federal and provincial Legislatures, truly amend the Canadian Constitution. Its effect is to complete the formation of an incomplete constitution by supplying its present deficiency, *i.e.* an amending formula, which will enable the Constitution to be amended in Canada as befits a sovereign state. We are not here faced with an action which in any way has the effect of transforming this federal union into a unitary state. The *in terrorem* argument raising the spectre of a unitary state has no validity.

For the above reasons we answer the questions posed in the three References as follows:

Manitoba and Newfoundland References:

Question 2: No

Quebec Reference

Question B (i): Yes

(ii) Yes

COUR SUPRÊME DU CANADA

DANS L'AFFAIRE de la Loi relative à l'expédition
des décisions provinciales d'ordre constitutionnel
et autres, L.R.M. 1970, chap. C-180

DANS L'AFFAIRE d'un Renvoi y relatif par le
lieutenant-gouverneur en conseil à la Cour d'appel
du Manitoba, pour examen et audition, de questions
concernant la modification de la Constitution
du Canada, conformément au décret N° 1020/80

LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU MANITOBA
(Appelant)

- et -

LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU QUÉBEC
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DE L'ÎLE-DU-PRINCE-ÉDOUARD
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DE LA SASKATCHEWAN
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DE L'ALBERTA
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DE TERRE-NEUVE
FOUR NATIONS CONFEDERACY INC.
(Intervenants)

c.

LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA
(Intimé)

- et -

LE PROCUREUR GÉNÉRAL DE L'ONTARIO
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU NOUVEAU-BRUNSWICK
(Intervenants)

DANS L'AFFAIRE de l'article 6 de la Judicature
Act, R.S.N. 1970, chap. 187 et modifications,

ET DANS L'AFFAIRE d'un Renvoi par le lieutenant-
gouverneur en conseil concernant l'effet et la
validité des modifications de la Constitution
du Canada telles que demandées par le "Projet
de résolution portant adresse commune à
Sa Majesté la Reine relativement à la
Constitution du Canada"

LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA
(Appelant)

- et -

LE PROCUREUR GÉNÉRAL DE L'ONTARIO
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU NOUVEAU-BRUNSWICK
(Intervenants)

c.

LE PROCUREUR GÉNÉRAL DE TERRE-NEUVE
(Intimé)

- et -

LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU QUÉBEC
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU MANITOBA
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DE L'ÎLE-DU-PRINCE-ÉDOUARD
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DE LA SASKATCHEWAN
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DE L'ALBERTA
FOUR NATIONS CONFEDERACY INC.
(Intervenants)

ET DANS L'AFFAIRE d'un Renvoi à la Cour d'appel
du Québec relatif à un projet de résolution portant
adresse commune à Sa Majesté la Reine concernant
la Constitution du Canada

LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU QUÉBEC
(Appelant/Intimé)

- et -

LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA
(Intimé/Appelant)

- et -

LE PROCUREUR GÉNÉRAL DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU MANITOBA
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DE L'ÎLE-DU-PRINCE-ÉDOUARD
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DE LA SASKATCHEWAN
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DE L'ALBERTA
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DE TERRE-NEUVE
FOUR NATIONS CONFEDERACY INC.
(Intervenants appuyant le
Procureur général du Québec)

- et -

LE PROCUREUR GÉNÉRAL DE L'ONTARIO
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU NOUVEAU-BRUNSWICK
(Intervenants appuyant le
Procureur général du Canada)

CORAM: Le Juge en chef et les juges Martland, Ritchie,
Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard et Lamer

LE JUGE EN CHEF et LES JUGES ESTEY et McINTYRE

Ces motifs visent seulement la question 2 des renvois du Manitoba et de Terre-Neuve et la partie conventionnelle de la question B du renvoi du Québec. Notre opinion sur les autres questions soulevées dans les trois renvois est exprimée dans un autre jugement. Comme nous l'expliquerons plus loin, les questions examinées dans ces motifs ne soulèvent aucun point de droit et normalement la Cour n'entreprendrait pas d'y répondre car il n'entre pas dans ses fonctions d'aller au-delà des déterminations juridiques. Mais du fait de la nature inhabituelle de ces renvois et du fait que les points soulevés par les questions dont nous sommes saisis ont été assez longuement plaidés devant la Cour et qu'ils font l'objet des motifs de la majorité auxquels, avec les plus grands égards, nous ne pouvons souscrire, nous estimons devoir répondre aux questions nonobstant leur nature non juridique.

La question 2 des renvois du Manitoba et de Terre-Neuve est formulée en ces termes:

2. Y a-t-il une convention constitutionnelle aux termes de laquelle la Chambre des communes et le Sénat du Canada ne peuvent, sans le consentement préalable des provinces, demander à Sa Majesté la Reine de déposer devant le Parlement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord un projet de modification de la Constitution du Canada qui a un effet sur les relations fédérales-provinciales ou les pouvoirs, les droits ou les privilèges que la Constitution du Canada accorde ou garantit aux provinces, à leurs législatures ou à leurs gouvernements?

La même question découle de la formulation de la question B du renvoi du Québec:

B. La constitution canadienne habilite-t-elle, soit par statut, convention ou autrement, le Sénat et la Chambre des communes du Canada à faire modifier la constitution canadienne sans l'assentiment des provinces et malgré l'objection de plusieurs d'entre elles de façon à porter atteinte:

(i) à l'autorité législative des législatures provinciales en vertu de la constitution canadienne?

(ii) au statut ou rôle des législatures ou gouvernements provinciaux au sein de la fédération canadienne?

Il faut souligner dès maintenant que la convention mentionnée dans ces questions et défendue par toutes les provinces opposées au projet, à l'exception de la Saskatchewan, est une convention constitutionnelle selon laquelle, avant que les deux chambres du Parlement canadien ne demandent à Sa Majesté la Reine de déposer devant le Parlement du Royaume-Uni un projet de modification de la Constitution du Canada qui a un effet sur les relations fédérales-provinciales, il faut obtenir le consentement des provinces. Il ressort clairement de la formulation des questions et des plaidoiries que le consentement visé est celui de toutes les provinces. C'est donc à cette question qu'il faut répondre dans cette partie des renvois. Une réponse affirmative reviendrait à déclarer existante une convention qui exige le consentement de toutes les provinces alors qu'une réponse négative en nierait évidemment l'existence. La Cour n'a aucune autre option car, dans un renvoi de cette nature, elle ne peut répondre qu'aux questions soumises et ne peut évoquer de son propre chef des questions qui conduiraient à des réponses non sollicitées: voir Renvoi relatif à la Cour de Magistrat de Québec, [1965] R.C.S. 772 (aux pp. 779 et 780); Lord's Day Alliance of Canada v. Attorney-General for Manitoba, [1925] A.C. 384; et Attorney-General For The Province of Ontario v. Attorney-General For The Dominion Of Canada and Another, [1912] A.C. 571 et Renvoi: Waters and Water-Powers, [1929] R.C.S. 200.

Dans l'affaire Lord's Day Alliance, la situation a été exprimée succinctement par lord Blanesburgh, aux pp. 388 et 389. Il dit:

[TRADUCTION] Il faut souligner que chacune de ces questions vise un état de chose qui découle de la nouvelle loi dûment mise en vigueur. Le lieutenant-gouverneur en conseil veut être informé de la légalité des excursions auxquelles il se réfère, seulement en supposant que cette loi est entrée en vigueur, et on ne défend aucunement la question de leur légalité en dehors de la Loi. Toutefois, les appelants ont demandé avec insistance à leurs Seigneuries d'analyser et de trancher l'argument que ces excursions sont légales au Manitoba tout à fait indépendamment de la Loi, d'autant que certains des savants juges de la Cour d'appel en l'espèce avaient exprimé cette opinion qu'annonçait une décision antérieure de la même cour.

Leurs Seigneuries s'abstiendront de suivre ce chemin pour une raison majeure qu'ils choisissent parmi plusieurs autres qui pourraient justifier une réserve en l'espèce.

Les lois qui autorisent l'exécutif du gouvernement, qu'il s'agisse de celui du Dominion du Canada ou d'une province canadienne, à demander par une requête directe à la Cour de répondre à une question tant de fait que de droit, bien qu'elle relève de la compétence des législatures respectives, impose un devoir nouveau dont la Cour doit s'acquitter mais sans l'élargir: voir Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada, [[1912] A.C. 571.] Il est plus que normalement opportun dans les cas de ces renvois qu'un tribunal s'abstienne de traiter de questions autres que celles qui lui sont déférées en termes exprès et leurs Seigneuries en l'espèce suivront cette règle.

Lorsqu'il y a ambiguïté ou que les questions sont formulées en des termes si généraux qu'une réponse précise est difficile ou impossible à donner, le tribunal peut qualifier les réponses, répondre en termes généraux ou refuser de répondre: voir le Renvoi: Waters and Water-Powers, précité. Aucune considération de ce genre ne s'applique en l'espèce. Les questions soumises à la Cour ne sont pas ambiguës. La question 2 des renvois du Manitoba et de Terre-Neuve parle sans restriction du "consentement ... des provinces". La question B du renvoi du Québec utilise les termes "l'assentiment des

provinces", également sans restriction. Les expressions "des provinces" ou "les provinces du Canada" dans ce contexte ou dans l'usage général signifie en français courant toutes les provinces du Canada et notre examen de la question doit se faire sur cette base. La Cour ne serait à notre avis pas justifiée de retoucher les questions pour leur donner un sens qui n'est pas clairement exprimé. Selon l'usage ordinaire, ces expressions signifient chaque province. Cela connote à son tour toutes les provinces. Il en est ainsi parce que la question présume que toutes les provinces sont sur un pied d'égalité pour ce qui est de leur situation constitutionnelle respective. Il n'est pas vraiment possible de soutenir que l'emploi répété de l'expression "chambres du Parlement" dans le dossier soumis à cette Cour dans ces pourvois pourrait signifier l'une ou l'autre ou une seule des chambres du Parlement; en d'autres termes, si le consentement des chambres du Parlement était requis par la loi, cela ne saurait comprendre la possibilité que le consentement d'une des chambres du Parlement suffise. Il en est de même des questions qui nous sont soumises.

Qu'est-ce qu'une convention et, en particulier, une convention constitutionnelle? Quoique nos réponses à la question 2 des renvois du Manitoba et de Terre-Neuve et à la question B du renvoi du Québec diffèrent de celles de la majorité de la Cour, nous sommes d'accord avec la plus grande partie de l'analyse de la nature générale des conventions constitutionnelles faites dans les motifs de jugement de la majorité que nous avons eu l'avantage de lire. Nous souscrivons également au passage des motifs de jugement du juge en chef Freedman du Manitoba dans le renvoi du Manitoba, approuvé et cité par la majorité. Nous ne sommes toutefois pas d'accord avec la proposition que l'on peut qualifier d'inconstitutionnel au sens strict ou juridique le non-respect d'une convention, ou que son

respect pourrait être de quelque façon une exigence constitutionnelle au sens de la question 3 des renvois du Manitoba et de Terre-Neuve. Dans un état fédéral où la caractéristique essentielle de la Constitution doit être la répartition des pouvoirs entre les deux ordres de gouvernement, chacun étant souverain dans sa propre sphère législative, constitutionnalité et légalité doivent être synonymes et les règles conventionnelles recevront une importance moindre que celle qu'elles peuvent avoir dans un état unitaire comme le Royaume-Uni. Au risque d'une répétition indue, il faut à nouveau souligner qu'on doit distinguer le régime constitutionnel dans un état unitaire et les pratiques des entités politiques nationales et régionales d'un état fédéral d'une part, du droit constitutionnel d'un état fédéral d'autre part. Ce droit ne peut avoir des origines coutumières ou informelles, mais il doit découler d'un texte en bonne et due forme qui est la source de l'autorité, l'autorité légale, qui permet aux entités centrales et régionales de fonctionner et d'exercer leurs pouvoirs.

La Constitution du Canada, comme le souligne la majorité, n'est écrite qu'en partie, c'est-à-dire consacrée par des textes législatifs qui ont force de loi et qui comprennent outre l'Acte de l'Amérique du Nord Britannique (ci-après appelé l'A.A.N.B.), les autres textes de lois énumérés dans les motifs de la majorité. Une autre partie de la Constitution, et d'ailleurs des plus importante, est formée de la coutume et de l'usage, qui ont adopté en grande partie les pratiques du Parlement du Royaume-Uni en les adaptant à la nature fédérale de ce pays. Avec le temps, ceux-ci ont évolué pour former avec les lois mentionnées ci-dessus et certaines règles de common

law une constitution pour le Canada. Cette Constitution repose donc sur des lois et des règles de common law qui disent le droit et ont force de loi, et des coutumes, usages et conventions élaborés en sciences politiques qui, sans avoir force de loi en ce sens qu'il existe un mécanisme juridique d'application ou une sanction légale de leur violation, forment un élément vital de la Constitution sans lequel elle serait incomplète et incapable d'atteindre son but.

Comme le souligne la majorité, il existe une différence fondamentale entre les règles de droit (c'est-à-dire celles tirées de la loi et de la common law) de la Constitution et les règles conventionnelles: alors qu'une violation des règles de droit, qu'elles soient de nature législative ou de common law, a des conséquences juridiques puisque les tribunaux la réprimeront, aucune sanction de ce genre n'existe pour la violation ou le non-respect des règles conventionnelles. Pour que les conventions constitutionnelles soient respectées, il faut que les acteurs qu'elles sont censées lier acceptent l'obligation de s'y conformer. Lorsque cette considération est insuffisante pour en forcer le respect, aucun tribunal ne peut donner juridiquement effet à la convention. La sanction du non-respect d'une convention est politique en ce sens que le mépris d'une convention peut conduire à une défaite politique, à la perte d'un poste ou à d'autres conséquences politiques, mais les tribunaux ne pourront en tenir compte puisqu'ils sont limités aux questions de droit seulement. Toutefois, les tribunaux peuvent reconnaître l'existence de conventions et c'est ce qu'on nous demande de faire en répondant aux questions. La réponse, qu'elle soit affirmative ou négative,

peut être sans effet juridique et les tribunaux n'imposeront ni n'annuleront des actes conformes au droit même s'ils sont en contradiction directe avec des conventions bien établies. On trouve l'un des multiples exemples de l'application de ce principe dans l'arrêt Stella Madzimbamuto and Desmond William Lardner-Burke and Frederick Philip George, [1969] 1 A.C. 645. Une simple convention ne peut conférer pareil pouvoir à l'un ou l'autre ordre de gouvernement. Une convention canadienne pourrait seulement avoir un effet négatif, c'est-à-dire limiter l'exercice de ce pouvoir. Toutefois aucune pratique limitative ne peut avoir pour effet de faire perdre ce pouvoir s'il existe en droit.

Il existe différentes sortes de conventions et d'usages, mais en l'espèce il s'agit seulement de ce qu'on peut appeler les conventions "constitutionnelles" ou règles de la Constitution. Le professeur Dicey les décrit dans la dixième édition de son ouvrage, Law Of The Constitution, aux pp. 23 et 24 dans le passage suivant:

[TRADUCTION] Il existe un groupe de règles qui sont au sens le plus strict des "règles de droit" puisque ce sont des règles auxquelles (qu'elles soient écrites ou non, sous forme de lois ou dérivant d'une masse de coutume, de tradition ou de maximes judiciaires comme la common law) les tribunaux donnent effet; ces règles constituent "le droit constitutionnel" au sens propre de cette expression et, pour les distinguer, on peut les qualifier collectivement de "règles de la constitution".

L'autre groupe de règles est formé des conventions, des arrangements, des habitudes ou pratiques qui, quoiqu'ils puissent régir la conduite des nombreux tenants du pouvoir

souverain, du Gouvernement ou d'autres fonctionnaires, ne constituent aucunement en réalité des règles de droit puisque les tribunaux n'y donnent pas effet. Pour la distinguer, on peut qualifier cette partie du droit constitutionnel de "convention de la constitution" ou de moralité constitutionnelle.

Plus loin à la p. 27, après une discussion d'exemples tirés de la pratique anglaise, il dit:

[TRADUCTION] ... Aux termes de la constitution anglaise, elles ont un point commun: aucune n'est une "règle de droit" au sens véritable de ce mot, car aucun tribunal ne pourrait prendre connaissance de sa violation.

Et plus loin aux pp. 30 et 31, il ajoute:

[TRADUCTION] Il [l'avocat ou le professeur de droit] n'a pas à s'intéresser directement aux conventions ou aux arrangements. Ils varient d'une génération à l'autre et presque d'une année à l'autre. La question de savoir si un Gouvernement défait aux élections devrait démissionner le jour du résultat de l'élection ou peut à bon droit conserver son poste jusqu'à une défaite au Parlement, est ou peut être une question d'importance pratique. Les opinions sur ce point qui ont cours aujourd'hui diffèrent (dit-on) des opinions ou perceptions qui avaient cours voici trente ans et sont possiblement différentes de celles qui auront cours dans dix ans d'ici. Des précédents de poids et de solides autorités sont cités des deux côtés sur cette question épineuse; les dicta ou la pratique de Russell et Peel peuvent être opposés à ceux de Beaconsfield et Gladstone. Toutefois, il ne s'agit pas d'une matière juridique mais politique et ni l'avocat ni la classe du professeur de droit ne doit s'en inquiéter. S'il doit se pencher sur le sujet, c'est seulement dans la mesure où on peut lui demander de montrer quelle est la relation (le cas échéant) entre les conventions de la constitution et le droit constitutionnel.

Ce point de vue est celui des auteurs canadiens tel le professeur Peter W. Hogg dans Constitutional Law of Canada qui traite de la question en ces termes à la p. 7:

[TRADUCTION] Les conventions sont des règles de la constitution auxquelles les tribunaux ne donnent pas effet. Comme les tribunaux ne leur donnent pas effet, on les considère au mieux comme des règles non juridiques, mais étant donné qu'elles régissent en fait les mécanismes de la constitution, elles jouent un rôle important pour le constitutionnaliste. Les conventions prescrivent effectivement la façon dont les pouvoirs seront exercés. Certaines conventions transfèrent le pouvoir réel d'un détenteur légitime à une autre instance. D'autres conventions limitent un pouvoir apparemment vaste ou même prescrivent qu'un pouvoir donné ne sera pas exercé du tout.

A la page 8, il dit:

[TRADUCTION] Si un personnage officiel enfreint une convention, il est alors habituel, en particulier au Royaume-Uni, de qualifier l'acte ou l'omission d'"inconstitutionnel". Mais il faut distinguer soigneusement l'utilisation du terme inconstitutionnel du cas où une règle juridique de la constitution a été enfreinte. Lorsque l'inconstitutionnalité découle d'une violation du droit, le prétendu acte est normalement nul et il existe un recours devant les tribunaux. Mais lorsque "l'inconstitutionnalité" découle simplement d'une violation de convention, la loi n'a pas été violée et il n'existe aucun remède en droit. Si un tribunal accordait effectivement un redressement pour une violation de convention, par exemple, en déclarant valide une loi adoptée pour le Canada par le Parlement du Royaume-Uni sans la demande ni le consentement du Canada ou en ordonnant au gouverneur général contre sa volonté de donner sa sanction à un projet de loi passé par les deux chambres du Parlement, nous devrions alors changer notre vocabulaire et décrire la règle que l'on croyait être une convention comme une règle de common law. En d'autres termes, une décision judiciaire pourrait avoir l'effet de transformer une règle conventionnelle en une règle de droit. Une convention peut également être transformée en règle de droit en devenant une loi.

Il convient de souligner que, selon les propos du professeur Hogg dans la citation précédente, une décision judiciaire pourrait transformer une règle conventionnelle en une

règle de droit, comme pourrait le faire l'adoption d'une convention sous forme de loi. Il est indubitable qu'une loi, qui incorporerait les termes d'une convention, pourrait créer du droit positif mais, à notre avis, il n'appartient pas aux tribunaux d'élever une convention au rang de principe juridique. Comme on le dit ci-dessus, les tribunaux peuvent reconnaître l'existence des conventions dans leur propre domaine. C'est tout ce que l'on peut à bon droit demander à la Cour dans sa réponse à la question 2 des renvois du Manitoba et de Terre-Neuve et à la partie conventionnelle de la question B du renvoi du Québec: une réponse de la Cour qui reconnaisse l'existence de la convention ou qui la nie. Si la Cour postulait d'autres conventions qui exigent moins que le consentement unanime des provinces aux modifications constitutionnelles, elle excéderait le cadre des renvois et ce faisant, elle répondrait à une question que les renvois ne posent pas. Cela reviendrait en fait à établir par déclaration judiciaire une formule de modification de la Constitution canadienne qui, en plus d'excéder le pouvoir déclaratoire de la Cour, puisqu'il ne s'agit pas d'une question posée par les renvois soumis à la Cour, serait incomplète car elle ne préciserait pas l'étendue ou le pourcentage de consentement provincial nécessaire. En outre, toutes les provinces, à l'exception de la Saskatchewan, s'y opposent: les provinces favorables à la position du Parlement fédéral, l'Ontario et le Nouveau-Brunswick, parce que selon elles il n'existe pas de convention, et celles opposées à la position fédérale, le Québec, la Nouvelle-Écosse, l'Île-du-Prince-Édouard, le Manitoba, l'Alberta et la Colombie-Britannique, parce que selon elles la participation provinciale est déjà fixée par ce qu'on peut appeler "la règle de l'unanimité".

Quoique fréquemment non écrites, les conventions peuvent néanmoins être consignées par écrit. Elles peuvent

découler d'une entente précise entre les parties liées ou, ce qui est plus habituel, elles peuvent découler de la pratique et de l'usage. Il est également vrai que des conventions peuvent devenir des règles de droit mais, à notre avis, il faudrait pour ce faire une démarche juridique en bonne et due forme, telle l'adoption d'une loi. Le Statut de Westminster de 1931 offre un exemple de la promulgation législative de conventions relatives aux relations constitutionnelles entre le Royaume-Uni et les différents Dominions. Quelle que soit l'origine d'une convention, la condition essentielle de sa reconnaissance est que les parties en cause se considèrent liées par elle. Quoique de par sa nature même, une convention manque souvent de précision et de clarté dans l'expression d'une règle de droit, on doit pouvoir la reconnaître, la connaître et la comprendre avec suffisamment de clarté pour pouvoir s'y conformer et immédiatement discerner son non-respect. Elle doit également jouer un rôle constitutionnel nécessaire.

La Constitution canadienne comprend plusieurs conventions de ce genre et bien que selon les époques elles aient pu prendre différentes formes, que l'on puisse noter des changements et une évolution et qu'indubitablement il s'agisse d'un processus continu, on leur reconnaît néanmoins le statut de règles ou conventions de la Constitution canadienne, connues et suivies à une époque donnée dans les affaires canadiennes. Comme les motifs de la majorité le soulignent, il y a de nombreux exemples. La règle générale suivant laquelle le gouverneur général agira seulement sur l'avis du premier ministre est purement conventionnelle et ne découle d'aucun texte législatif. Entre dans la même catégorie la règle voulant qu'après une élection générale, le gouverneur général demande au chef du parti qui réunit le plus grand nombre de sièges de former un gouvernement. La règle du gouvernement responsable, savoir

qu'un gouvernement qui perd la confiance de la Chambre des communes doit démissionner de lui-même ou en obtenir la dissolution, les principes généraux de la règle de la majorité et du gouvernement responsable qui sous-tendent les travaux quotidiens des institutions de l'exécutif et du législatif de chaque ordre de gouvernement et un assortiment d'autres arrangements conventionnels peuvent servir d'illustrations. Ces règles ont une origine historique et ont lié, et lient toujours, les acteurs sur la scène constitutionnelle canadienne depuis des générations. Nul ne peut douter qu'elles soient en vigueur ni qu'elles existent vraiment en tant que force opérante de la Constitution canadienne. Elles sont néanmoins conventionnelles et donc distinctes des règles purement juridiques. On les observe sans hésiter parce que toutes les parties en cause reconnaissent leur existence et acceptent de les observer, se considérant liées par elles. Même si, comme le dit la majorité de la Cour, cela peut surprendre beaucoup de Canadiens, ces conventions n'ont aucune force juridique. En bref, il s'agit du produit de l'expérience politique dont l'adoption permet au processus politique de fonctionner d'une façon acceptable pour la collectivité.

Ce sont alors des conventions établies. Elles sont définies, compréhensibles et comprises. Leur acceptation est incontestée non seulement de la part des acteurs sur la scène politique, mais aussi du grand public. Peut-on dire qu'il s'est créé une convention aussi bien définie et acceptée sur la question de la participation provinciale à la modification de la Constitution canadienne? C'est à la lumière de cette comparaison que l'on doit examiner l'existence d'une présumée

convention constitutionnelle. A notre avis, il est tout à fait clair que la réponse doit être négative. L'étendue de la participation provinciale aux modifications constitutionnelles constitue un sujet de controverse permanente dans la vie politique canadienne depuis des générations. A notre avis, on ne peut affirmer qu'un point de vue sur le sujet est devenu si clair et si largement accepté qu'il constitue une convention constitutionnelle. Il faut remarquer qu'il existe une différence fondamentale entre la convention selon le concept de Dicey et la convention que certaines provinces soutiennent en l'espèce. La convention de Dicey se rapporte à l'activité des individus et des institutions dans une démocratie parlementaire de type unitaire. Elle ne restreint ni ne limite l'autorité ou la souveraineté du Parlement ou de la Couronne. La convention que l'on cherche à faire valoir en l'espèce, tronquerait l'activité de l'exécutif et du législatif au niveau fédéral. Ceci imposerait une limite à un corps lui-même souverain au sein de la Constitution. Il est manifeste que la reconnaissance de pareille convention, même dans le domaine politique et non juridique, exigerait de la part de l'entité souveraine qui serait ainsi liée un acquiescement clair et non simplement une affirmation de la majorité des bénéficiaires de cette convention, les entités provinciales souveraines.

Un examen de l'expérience canadienne depuis la Confédération, tout en gardant à l'esprit les considérations énoncées ci-dessus, vient appuyer notre conclusion sur ce point. On peut faire observer à ce stade qu'au cours des plaidoiries devant cette Cour, nul n'a suggéré qu'il existait actuellement une procédure de modification autre que les adresses des deux

chambres du Parlement à Sa Majesté la Reine. On a fait valoir toutefois qu'il s'agissait seulement d'une étape de procédure et qu'avant que le Parlement puisse l'entreprendre, il fallait obtenir le consentement des provinces. Il faut donc nous arrêter à la fréquence avec laquelle le consentement provincial a été obtenu ou omis, aux circonstances dans lesquelles on l'a cherché ou non, à la nature des modifications en cause et à l'attitude provinciale à cet égard. Comme il ressort d'autres motifs exposés dans ces renvois, ici et par les autres cours, il y a eu quelque vingt-deux modifications de l'A.A.N.B. depuis la Confédération. Un énoncé bref de chaque modification est repris ci-dessous pour plus de commodité; ils sont tirés de la publication gouvernementale ci-après appelée le Livre blanc et intitulée "Modifications de la Constitution du Canada", publiée en 1965 sous l'autorité de l'honorable Guy Favreau, ministre fédéral de la Justice:

- (1) L'Acte de la Terre de Rupert de 1868 autorisa le Canada à acquérir les droits de la Compagnie de la baie d'Hudson sur la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest. Il prévoyait aussi que la Couronne, sur présentation d'adresses de la part des chambres du Parlement du Canada, pourrait déclarer que le territoire ferait partie du Canada, et que le Parlement du Canada pourrait faire des lois pour y assurer la paix, l'ordre et le bon gouvernement.
- (2) L'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1871 ratifia l'Acte du Manitoba adopté par le Parlement du Canada en 1870, qui créait la province du Manitoba et lui donnait une constitution semblable à celles des autres provinces. De plus, l'Acte conférait au Parlement du Canada le pouvoir d'ériger de nouvelles provinces dans n'importe quel territoire canadien non compris alors dans une province, de modifier les limites de toute province (avec l'accord de sa Législature) et de pourvoir à l'administration, la paix, l'ordre et le bon gouvernement de tout territoire non compris dans une province.

- (3) L'Acte du Parlement du Canada de 1875 modifia l'article 18 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1867, qui énonce les privilèges, immunités et pouvoirs de chacune des chambres du Parlement.
- (4) L'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1886 autorisa le Parlement du Canada à pourvoir à la représentation au Sénat et à la Chambre des Communes de tout territoire non compris dans une province.
- (5) La Loi de 1893 sur la revision du droit statutaire abrogea certaines dispositions périmées de l'Acte de 1867.
- (6) L'Acte concernant l'Orateur canadien (nomination d'un suppléant) de 1895 confirma une loi du Parlement du Canada qui permet la nomination d'un orateur suppléant au Sénat.
- (7) L'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1907 établit une nouvelle échelle de subventions financières aux provinces en remplacement de celles qui sont prévues à l'article 118 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1867. Tout en n'abrogeant pas expressément l'article primitif, il en rendit les dispositions inopérantes.
- (8) L'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1915 redéfinit les divisions sénatoriales du Canada pour tenir compte de l'existence des provinces du Manitoba, de la Colombie-Britannique, de la Saskatchewan et de l'Alberta. Bien qu'il n'ait pas modifié expressément le texte de l'article 22 primitif, il en a sûrement changé la portée.
- (9) L'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1916 prolongea la durée du Parlement du Canada alors en fonctions au delà de la période normale de cinq ans.
- (10) La Loi de 1927 sur la revision du droit statutaire une fois encore abrogea des dispositions périmées ou désuètes des statuts du Royaume-Uni, y compris deux dispositions des Actes de l'Amérique du Nord britannique.
- (11) L'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1930 confirma les accords relatifs aux ressources naturelles intervenus entre le gouvernement du Canada et ceux du Manitoba, de la Colombie-Britannique, de l'Alberta et de la Saskatchewan et leur donna force de loi, nonobstant toute disposition contraire des Actes de l'Amérique du Nord britannique.
- (12) Le Statut de Westminster de 1931, tout en ne modifiant pas directement les Actes de l'Amérique du Nord britannique, changea certaines de leurs dispositions. C'est ainsi,

par exemple, que le Parlement du Canada fut autorisé à faire des lois ayant une portée extra-territoriale. En outre, le Parlement et les législatures des provinces furent habilités, dans la limite des pouvoirs respectifs que leur confèrent les Actes de l'Amérique du Nord britannique, à abroger tout statut du Royaume-Uni faisant alors partie des lois du Canada à l'exception expresse, cependant, de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique lui-même.

- (13) L'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1940 accorda au Parlement du Canada la compétence exclusive de légiférer en matière d'assurance-chômage.
- (14) L'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1943 ajourna le rajustement de la représentation à la Chambre des Communes jusqu'à la première session du Parlement qui suivrait la fin des hostilités.
- (15) L'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1946 remplaça l'article 51 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1867 et changea les dispositions relatives au rajustement de la représentation à la Chambres des Communes.
- (16) L'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1949 sanctionna les Conditions d'union entre le Canada et Terre-Neuve.
- (17) L'Acte de l'Amérique du Nord britannique (n° 2) de 1949 habilita le Parlement du Canada à modifier la Constitution du Canada, à l'exception de certaines catégories de sujets.
- (18) La Loi de 1950 sur la revision du droit statutaire abrogea un article désuet de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1867.
- (19) L'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1951 autorisa le Parlement du Canada à légiférer concurremment avec les provinces sur les pensions de vieillesse.
- (20) L'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1960 modifia l'article 99 et changea la durée des fonctions des juges des cours supérieures.
- (21) L'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1964 modifia les pouvoirs conférés au Parlement du Canada par l'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1951 au sujet des pensions de vieillesse et des prestations additionnelles.
- (22) Modifications par arrêté en conseil
L'article 146 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique prévoyait l'adjonction au Canada d'autres territoires de l'Amérique du Nord britannique par arrêté en conseil et stipulait que les dispositions de tels arrêtés auraient le

même effet que si elles avaient été édictées par le Parlement du Royaume-Uni. En vertu de cet article, la Terre de Rupert et le Territoire du Nord-Ouest furent admis par arrêté en conseil du 23 juin 1870; la Colombie-Britannique par arrêté en conseil du 16 mai 1871; et l'île-du-Prince-Édouard par arrêté en conseil du 26 juin 1873. Comme tous ces arrêtés renferment des dispositions d'un caractère constitutionnel, ayant pour objet d'adapter les clauses de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique aux nouvelles provinces, - avec les variations nécessaires dans chaque cas, - ils doivent être considérés comme des modifications d'ordre constitutionnel.

Il faut se rappeler en examinant ces modifications qu'elles n'ont pas toutes la même pertinence ou le même poids dans le contexte de la présente affaire. La question 2 des renvois du Manitoba et de Terre-Neuve et l'aspect conventionnel de la question B du renvoi du Québec mettent en cause la convenance de modifications non consensuelles qui ont un effet sur les relations fédérales-provinciales et sur les pouvoirs, droits et privilèges des provinces. Les questions ne limitent pas l'examen aux modifications qui ont eu un effet sur la répartition des pouvoirs législatifs entre le Parlement fédéral et les législatures provinciales. Puisque la répartition des pouvoirs est l'essence même d'un régime fédéral, les modifications qui y touchent intéressent tout particulièrement les provinces. Les précédents tirés de ces modifications doivent recevoir une attention particulière. Il ne s'ensuit toutefois pas qu'il faille, dans cette affaire, ne pas tenir compte des autres modifications qui ont eu un effet sur les relations fédérales-provinciales sans toutefois changer la répartition des pouvoirs. En soutesant les différentes modifications, il faut considérer quelle a été la réaction des provinces. C'est certainement le véritable critère de pertinence dans cette discussion. A maintes reprises, des provinces ont considéré que des modifications sans effet sur la répartition du pouvoir législatif étaient suffisamment

indésirables pour entraîner une vive opposition. Le critère de l'existence actuelle ou passée de la convention ressort de l'examen des résultats de cette opposition. Voici en quels termes le professeur William S. Livingston a commenté, dans Federalism and Constitutional Change, 1956 (Oxford University Press) à la p. 62, la modification de 1943 qui n'avait aucun effet sur la répartition des pouvoirs et celle de 1940 qui en avait:

[TRADUCTION] ... La différence importante entre les deux modifications découle bien sûr du fait que celle de 1940 change nettement et de façon appréciable la répartition des pouvoirs, une partie de la Constitution qui, a-t-on fait valoir, mérite spécialement la protection accordée par le principe du consentement unanime. Mais les faits eux-mêmes démontrent qu'au moins une des provinces a considéré les modifications de 1943 comme suffisamment importantes pour entraîner de longues et amères protestations devant l'attitude dédaigneuse du gouvernement du Dominion. Si l'unanimité sert à protéger les provinces, seules ou collectivement, il est raisonnable de penser que les provinces devraient être celles qui décident quand l'invoquer. Par le fonctionnement même du principe, une province ne protestera pas à moins qu'elle considère que l'affaire en cause en vaut la peine.

Le véritable critère de pertinence des différentes modifications à nos fins est un examen du degré d'opposition provinciale qu'elles ont entraîné, quelle qu'en soit la raison, de la considération reçue par cette opposition et de son influence sur le cours des procédures de modification.

Avant la modification effectuée par l'A.A.N.B. en 1930, on trouve au moins trois modifications, celles de 1886, 1907 et 1915 qui ont eu un effet appréciable sur les provinces et qui ont été adoptées sans le consentement de toutes les provinces. La modification de 1886 autorisait le Parlement à pourvoir à la représentation parlementaire au Sénat et à la Chambre des communes des territoires non compris dans une province et changeait ainsi l'équilibre de la représentation

des provinces. Celle de 1907 modifiait le fondement des subventions fédérales payables aux provinces et a donc eu un effet direct sur les intérêts des provinces. Celle de 1915, qui redéfinissait les divisions territoriales de la représentation sénatoriale, constituait donc une modification potentielle de l'équilibre provincial. Celles de 1886 et de 1915 ont été adoptées sans consultation ni consentement provincial et celle de 1907 a reçu le consentement de toutes les provinces sauf la Colombie-Britannique qui s'est activement opposée à son adoption tant au Canada qu'au Royaume-Uni. La modification fut adoptée avec des changements mineurs. A vrai dire, ces précédents n'ont en eux-mêmes qu'une influence modeste sur l'examen de la question soumise à la Cour. Il est clair toutefois qu'un examen des modifications faites jusqu'en 1930 n'appuie aucunement l'existence de la convention. Aucune n'a reçu l'entière approbation provinciale.

L'A.A.N.B. de 1930 prévoit le transfert des ressources naturelles situées dans les territoires provinciaux aux provinces du Manitoba, de la Saskatchewan et de l'Alberta. Il prévoit aussi le nouveau transfert de biens-fonds ferroviaires à la Colombie-Britannique. Seules consentirent à cette modification les provinces directement en cause, c'est-à-dire les quatre provinces de l'Ouest, quoique l'entente eût reçu l'approbation générale des autres provinces comme il appert d'une conférence de 1927. Ceci est un précédent d'un poids modeste, mais il vaut la peine de noter que bien que les intérêts de toutes les provinces non impliquées fussent touchés par l'aliénation de ressources relevant antérieurement du fédéral, on n'a pas considéré nécessaire d'obtenir leur consentement en bonne et due forme. Il est plus que d'un intérêt anecdotique de noter que dans la procédure de modification prévue dans l'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1930,

on ne trouve aucune obligation d'obtenir le consentement ni la participation des cinq autres provinces (qui existaient alors) bien que leur intérêt indirect dans des ressources fédérales ait pu être touché.

Les parties n'ont pas considéré que les modifications de 1943, 1946, 1949, 1949(2), 1950 et 1960 étaient très pertinentes en l'espèce et elles ont fait peu de commentaires à leur égard, mais toutes ces modifications, excepté celle de 1960, ont été adoptées sans l'entier consentement des provinces. Sous réserve de ce qu'on ajoutera ultérieurement à propos de la modification de 1943, il reste donc à considérer le Statut de Westminster de 1931 et les modifications de 1940, 1951 et 1964. Le Statut de Westminster et les modifications de 1940, 1951 et 1964 ont eu un effet direct sur les provinces. La participation canadienne à la formulation des dispositions du Statut et lesdites modifications ont reçu le consentement de toutes les provinces. Les provinces opposées au projet se sont lourdement appuyées sur ces cas pour justifier une réponse affirmative à la question 2 des renvois du Manitoba et de Terre-Neuve et négative à l'aspect conventionnel de la question B du renvoi du Québec. Quant au Statut de Westminster, il a libéré les lois fédérales et provinciales des restrictions imposées par la Loi relative à la validité des lois des colonies de 1865 et a donné une forme législative à des conventions qui s'étaient développées avec l'évolution des anciennes colonies vers l'autonomie. La répartition pré-existante du pouvoir législatif entre les législatures provinciales et fédérale au Canada n'y était toutefois aucunement touchée et il n'a ni reconnu ni donné de forme législative à des conventions exigeant le consentement des provinces aux modifications de l'A.A.N.B. En fait, par l'art. 7, par. 1, la question des modifications de l'A.A.N.B. est spécifiquement exclue de son champ d'application.

La modification de 1940, qui transfère le pouvoir législatif sur l'assurance-chômage au Parlement fédéral, a également reçu un consentement provincial total. Il convient de souligner ici toutefois que lorsqu'on a interrogé M. Mackenzie King, alors premier ministre, en Chambre des communes sur cette question, il a reconnu que les consentements avaient été obtenus, mais il a précisé qu'on avait choisi ce moyen pour éviter des problèmes constitutionnels sur ce point et a nié la nécessité de pareil consentement. On trouve la discussion suivante consignée dans les débats de la Chambre des communes, 1940, aux pp. 1153 et 1157:

M. Mackenzie King: Nous avons évité tout ce qui aurait pu passer pour une pression sur les provinces et nous avons évité, en outre, une question d'ordre constitutionnel très grave, celle de savoir si, en modifiant l'Acte de l'Amérique britannique du Nord, il est nécessaire d'obtenir l'assentiment de toutes les provinces, ou si le consentement d'un certain nombre d'entre elles aurait pu suffire. Cette question pourra se présenter plus tard, ...

...

M. J.T. Thomson (Selkirk): Quelques observations seulement à l'appui de ce projet de résolution. Ce projet d'assurance-chômage est une phase très importante du programme de réforme nationale qu'il faut absolument inaugurer dans ce pays. Je tiens, cependant à opposer mon opinion à ceux qui soutiennent que nous ne pouvons demander la permission de modifier l'Acte de l'Amérique britannique du Nord, sans avoir obtenu, au préalable, le consentement des provinces. J'estime que cela n'est pas nécessaire. D'autre part, il serait sage de procéder avec circonspection. Tous les honorables députés sont certainement très heureux que toutes les provinces aient consenti à cette mesure. Je ne désire cependant pas que nous terminions ce débat en reconnaissant directement ou indirectement qu'en principe il nous faut obtenir le consentement des provinces avant de demander la modification de l'Acte de l'Amérique britannique du Nord. Heureusement pour nous, il ne s'agit en ce moment que d'un débat académique.

M. Lapointe (Québec-Est): Je puis dire à mon honorable ami que ni le premier ministre ni moi n'avons dit que cela est nécessaire; nous avons dit que cela est désirable.

M. Thorson: Le premier ministre (M. Mackenzie King) a déclaré bien clairement que nous ne débattons pas ici cette question, attendu que toutes les provinces ont manifesté leur consentement à la demande de cet amendement.

Il ressort de ce qui précède que le premier ministre d'alors a reconnu l'existence d'une difficulté à cet égard. On ne peut dire toutefois que ses propos appuient l'opinion que, selon lui, il existait une convention exigeant le consentement des provinces. Il est clair, nous semble-t-il, qu'il a obtenu le consentement des provinces à cette occasion pour éviter de réveiller le débat sur le sujet; c'était une question de bonne politique plutôt qu'une exigence constitutionnelle. Il est bien certain que le gouvernement fédéral préférerait toujours, d'un point de vue politique, obtenir l'approbation des provinces, mais la position des autorités fédérales qui ressort de la discussion précitée entre parlementaires n'appuie pas la proposition qu'elles se considéraient comme liées par une convention.

Nous sommes bien sûr conscients que d'autres déclarations ont été faites à ce sujet par des personnalités politiques haut placées de même que par des universitaires connus. Les plaidoiries en ont fait valoir plusieurs. Nous n'avons pas l'intention d'en traiter en détail. Il suffit de dire qu'on en trouve beaucoup en faveur de l'existence de la convention et beaucoup qui la nient. Certains des auteurs de ces déclarations se sont contredits sur ce point à différentes étapes de leur carrière. Le débat sur cette question reste entier et dure depuis longtemps mais, à notre avis, il n'a jamais été résolu en faveur de l'existence de la convention. La

controverse permanente sur le sujet entre politiciens et universitaires ajoute seulement du poids à l'argument qu'aucune convention relative au consentement des provinces n'a obtenu de reconnaissance constitutionnelle jusqu'à ce jour.

La modification de 1951 a obtenu l'entière approbation des provinces comme celle de 1964. La modification de 1951 donne au Parlement fédéral le pouvoir sur les pensions de vieillesse et celle de 1964 n'est qu'une clarification des dispositions originales de 1951. A notre avis, elles ont le même objet et ne constituent qu'un seul précédent en faveur de l'existence de la convention.

Après un examen des modifications faites depuis la Confédération et après avoir remarqué que sur vingt-deux modifications énumérées ci-dessus, il n'y a que quatre cas où l'on ait cherché ou obtenu le consentement unanime des provinces, et même après avoir accordé un poids spécial aux modifications invoquées par les provinces, nous ne pouvons convenir que l'histoire justifie de conclure que la convention qu'elles revendiquent s'est concrétisée.

On a accordé un grand poids à la modification de 1940 relative à la Loi sur l'assurance-chômage en tant que précédent favorable à l'existence de la convention. Malgré l'obtention du consentement des provinces à la modification de 1940, le gouvernement fédéral a procédé trois ans plus tard à la modification de 1943 sans leur consentement et malgré les vives protestations de la province de Québec. Cette modification ne touchait pas aux pouvoirs provinciaux. Elle avait trait au report du rajustement de la représentation à la Chambre des communes. Néanmoins, le Québec l'a considérée d'importance

suffisante, parce que ses intérêts étaient particulièrement touchés, pour susciter une opposition active que le gouvernement fédéral a ignoré en obtenant la modification. En discutant de cette modification dans son ouvrage déjà mentionné, Livingston dit à la p. 61:

[TRADUCTION] Mais bien que le traitement de la Loi de 1940 ait dangereusement frôlé l'acceptation du principe du consentement unanime, la procédure suivie en 1943 a détruit tout espoir que la question ait été réglée. La modification de 1943 avait pour but de retarder le rajustement des sièges de la Chambre des communes jusqu'après la guerre. La constitution (art. 51) prescrivait le rajustement et exigeait donc une loi du Parlement britannique pour le retarder. Le Québec dont la population avait augmenté beaucoup plus que celle des autres provinces, devait considérablement profiter du rajustement des sièges et n'était pas du tout disposé à le retarder. Mais la difficulté et l'injustice de réorganiser la base de représentation pendant les hostilités poussa le gouvernement à faire voter son projet par la Chambre. M. St-Laurent, alors ministre de la Justice, introduisit et défendit le projet qui avait l'appui des deux partis d'opposition; l'issue à la Chambre ne fut jamais sérieusement douteuse. Le gouvernement du Dominion n'avait aucunement tenté de consulter les provinces et cette action n'a entraîné aucune protestation sauf celle du Québec. Cette province s'est toutefois vigoureusement opposée à la façon dont le gouvernement a traité la question et a protesté tant à Québec qu'à Ottawa. La législature provinciale adopta une résolution de protestation qu'elle demanda au gouvernement de transmettre au gouvernement britannique. Mackenzie King refusa cependant en répondant que l'affaire ne concernait que le Parlement du Dominion et non les législatures provinciales; que la théorie du pacte était indéfendable tant en théorie qu'en droit; et que les britanniques ne pouvaient en prendre connaissance puisqu'ils étaient liés par l'adresse du Parlement du Dominion. Des plaintes amères se firent entendre à la Chambre portant que le gouvernement dédaignait tout simplement la protestation officielle de la législature du Québec et que pareille autoritarisme portait atteinte à la Constitution et violait les droits des provinces. Mais le gouvernement, assuré de l'appui de l'opposition, mit l'affaire au vote sans même répondre à ces protestations.

En bref, nous remarquons qu'au cours des cent quatre-vingt-quatorze années écoulées depuis la Confédération, le Canada est passé d'un groupe de quatre colonies un peu chancelantes à un état moderne et indépendant, dont la taille, la puissance et la richesse ont grandement augmenté et dont les structures sociales et gouvernementales étaient inconcevables en 1867. Il est indéniable que les relations Dominion-provinces ont profondément changé pendant cette période. Bien des facteurs ont influencé ce processus et les modifications de l'A.A.N.B., toutes les modifications, ont joué un rôle important et elles doivent toutes entrer en ligne de compte dans la solution de cette question. Dans quatre cas seulement, l'entier consentement des provinces a été obtenu et, dans plusieurs autres, le gouvernement fédéral a procédé aux modifications malgré une opposition provinciale active. A notre avis, il est extrêmement irréaliste de dire que la convention s'est concrétisée.

Toujours à l'appui de l'argument conventionnel, on a cité le Livre blanc susmentionné. On a affirmé que la déclaration de principe énoncée à la p. 15 qui constitue une prise de position gouvernementale faisant autorité, est décisive sur ce point. Voici le résumé des principes:

Les principes généraux suivants se dégagent du résumé qui précède:

Premièrement, bien qu'une loi du Royaume-Uni soit nécessaire pour modifier l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, une telle loi n'est promulguée que sur la demande officielle du Canada. Le Parlement du Royaume-Uni n'adopte aucune loi touchant le Canada à moins qu'elle ne soit demandée et acceptée par le Canada; inversement, toute modification que le Canada a demandée dans le passé a été adoptée.

Deuxièmement, le Parlement du Canada doit autoriser toute demande au Parlement britannique de modifier l'Acte de l'Amérique du Nord britannique. Ce principe a été établi dès le début et l'on ne s'en est pas écarté depuis 1895. Une demande de modification prend invariablement la forme d'une adresse conjointe de la Chambre des Communes et du Sénat du Canada à Sa Majesté.

Troisièmement, le Parlement britannique ne peut procéder à une modification de la Constitution du Canada à la seule demande d'une province canadienne. Certaines tentatives ont été faites par des provinces dans ce sens, mais sans succès. La première, qui remonte à 1868, émanait d'une province qui n'était pas satisfaite à l'époque des conditions de la Confédération. D'autres ont suivi en 1869, 1874 et 1887. Le gouvernement britannique a chaque fois refusé de donner suite aux instances des gouvernements provinciaux, soutenant qu'il ne devait pas intervenir dans les affaires du Canada, sauf s'il en était requis par le gouvernement fédéral agissant au nom de tout le Canada.

Quatrièmement, le Parlement du Canada ne procède pas à une modification de la Constitution intéressant directement les rapports fédératifs sans avoir au préalable consulté les provinces et obtenu leur assentiment. Ce principe ne s'est pas concrétisé aussi tôt que les autres, mais, à partir de 1907 et en particulier depuis 1930, il a été de plus en plus affirmé et accepté. Il n'a pas été facile, cependant, de préciser la nature et l'étendue de la participation provinciale à la procédure de modification.

Les provinces opposées au projet invoquent essentiellement le quatrième principe. A notre avis, elles attribuent trop de poids à l'énoncé des quatre principes. L'auteur du Livre blanc avait pris le soin de dire à la p. 11:

Néanmoins, un certain nombre de règles et de principes, inspirés des méthodes et des moyens grâce auxquels diverses modifications à l'Acte de l'Amérique du Nord britannique ont pu être obtenues depuis 1867, se sont dégagés au cours des années. Bien que n'ayant strictement aucun caractère obligatoire sur le plan constitutionnel, ils ont fini par être reconnus et acceptés dans la pratique comme éléments de la procédure de modification au Canada.
(C'est moi qui souligne.)

Il ne semble pas avoir été convaincu que les principes étaient devenus si bien établis qu'ils avaient acquis une force constitutionnelle rigoureuse. En outre, nous ne pouvons accorder au

quatrième principe l'importance que lui donnent les provinces opposées au projet. La première phrase se prononce vigoureusement en faveur de l'existence de la convention. Si on en restait là, sous réserve de ce que l'auteur dit avant, cela constituerait une déclaration d'un grand poids. Toutefois, la troisième phrase contredit la première et en fait l'annule. En suggérant qu'on puisse exiger le consentement partiel des provinces, le quatrième principe répond à la question 2 des renvois du Manitoba et de Terre-Neuve et à la partie conventionnelle de la question B du renvoi du Québec à l'encontre des provinces. L'auteur du Livre blanc fait seulement valoir que le principe "a été de plus en plus affirmé", c'est-à-dire "partiellement" et non "complètement". Une convention exige la reconnaissance universelle des acteurs en cause et il en est certainement ainsi lorsque, comme en l'espèce, l'acceptation d'une convention implique qu'un corps souverain qui y serait partie renonce à un pouvoir. En outre en reconnaissant l'incertitude de la définition de l'étendue de la participation provinciale, il nie l'existence d'une convention, y compris celle que suggère la province de la Saskatchewan. S'il est difficile de définir l'étendue de la participation provinciale, ce qui est certainement le cas, on ne peut dire qu'une convention à cet égard soit établie et reconnue en tant que condition constitutionnelle de l'adoption d'une modification. C'est la difficulté même de fixer l'étendue de la participation provinciale qui, tant qu'elle n'est pas résolue, empêche la formation ou la reconnaissance d'une convention. Elle prive une supposée convention de ce degré de définition nécessaire à son fonctionnement, à son effet obligatoire sur ceux qu'elle est censée lier et elle rend difficile sinon impossible d'en discerner clairement la violation. A notre avis, le quatrième principe énoncé dans le Livre blanc ne favorise pas la prétention provinciale.

On a aussi fait valoir que le Canada a été constitué comme une union fédérale et que l'existence d'un pouvoir juridique du gouvernement central de changer unilatéralement la Constitution est incompatible avec le concept du fédéralisme. Ainsi la convention, fait-on valoir, découle de la nécessité d'empêcher cet acte unilatéral et de préserver la nature fédérale du Canada. A cet égard, on doit manifestement reconnaître que, dans une union fédérale, les pouvoirs et droits de chacun des deux ordres de gouvernement doivent être protégés des attaques de l'autre. Toute l'histoire du droit constitutionnel et des litiges constitutionnels au Canada depuis la Confédération porte sur cette question vitale. On nous demande de dire si le besoin de préserver les principes du fédéralisme canadien impose une convention qui exige le consentement des provinces pour que le gouvernement fédéral puisse, par l'exercice de ses pouvoirs, obtenir une modification de la Constitution canadienne. Si la convention exige seulement un consentement partiel comme le prétend la Saskatchewan, il est difficile de voir comment le concept fédéral est alors protégé car si cela satisfaisait les provinces favorables à la modification, celles qui refusent leur consentement pourraient crier à la coercition. Si le consentement unanime est exigé (comme le prétendent les autres provinces opposées au projet) même si l'on peut dire que globalement le concept du fédéralisme serait ainsi protégé, cette protection ne serait atteinte qu'au prix de la méconnaissance de la nature particulière du fédéralisme canadien. L'A.A.N.B. n'a pas créé un état fédéral idéal ou parfait. Ses dispositions accordent un certain degré de primauté au Parlement fédéral. Il est indubitable que cela est plus notable au Canada que dans beaucoup d'autres états fédéraux. Par exemple, il suffit à cet égard de penser au pouvoir de réserve et de désaveu des lois provinciales, au pouvoir de déclarer des

ouvrages publics dans une province à l'avantage général du Canada pour les placer sous le contrôle réglementaire fédéral, aux vastes pouvoirs de légiférer généralement pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada dans son ensemble, au pouvoir de légiférer en matière criminelle pour tout le pays et à celui de créer des provinces à partir des territoires existants et de les admettre dans la Confédération, de même qu'à la primauté accordée aux lois fédérales. C'est la nature particulière du fédéralisme canadien qui prive de sa force l'argument du fédéralisme décrit ci-dessus. C'est d'autant plus vrai quand il implique le règlement final des affaires constitutionnelles canadiennes avec un gouvernement étranger, puisque l'autorité fédérale est le seul véhicule entre le Canada et le Souverain et que le Canada seul a le pouvoir requis en matière d'affaires extérieures. Nous rejetons donc l'argument que la préservation des principes du fédéralisme canadien requiert la reconnaissance de la convention plaidée devant nous.

Quoiqu'il ne soit pas nécessaire de le faire à propos de la question 2, nous nous sentons obligés de faire un commentaire additionnel relatif à l'argument du fédéralisme. On a fait valoir que les autorités fédérales se prévalaient d'un pouvoir d'agir sans restriction au mépris des souhaits provinciaux, ce qui pouvait aller jusqu'à transformer le Canada en un état unitaire au moyen d'un vote majoritaire des chambres du Parlement. On peut régler cet argument en quelques mots. Ce que la Cour doit faire, c'est répondre aux questions posées dans les trois renvois. Comme on l'a déjà dit, la Cour ne peut rien faire de plus. Les questions visent toutes la constitutionnalité de projets précis de modification constitutionnelle; elles seules constituent l'objet complet de l'examen de la Cour et ses commentaires doivent s'y limiter. Il n'appartient pas

à la Cour d'exprimer une opinion sur la sagesse ou le manque de sagesse de ces projets. Elle doit seulement se pencher sur leur constitutionnalité. Toutefois, comme l'argument unitaire a été soulevé, on doit à notre avis souligner que les projets constitutionnels fédéraux, qui préservent un état fédéral sans changer la répartition ou l'équilibre des pouvoirs, créeraient une formule de modification qui enchâsserait les droits des provinces en matière de modification dans une position sûre, juridique et constitutionnelle et mettraient également fin au pouvoir actuel du Parlement fédéral d'agir unilatéralement dans les affaires constitutionnelles. Ainsi, on peut dire que la résolution parlementaire en cause ici, mis à part l'adoption de la Charte des droits qui circonscrit les pouvoirs législatifs à la fois des législatures fédérale et provinciales, ne modifie pas réellement la Constitution canadienne. Elle a pour effet de compléter une constitution incomplète en remédiant à sa lacune actuelle, c'est-à-dire l'absence d'une formule de modification, ce qui permettra de modifier la Constitution au Canada comme il sied à un état souverain. Il ne s'agit pas ici d'une action qui de quelque façon a pour effet de transformer cette union fédérale en un état unitaire. L'argument de dernier ressort qui fait appel au spectre d'un état unitaire n'a aucune validité.

Pour tous ces motifs, nous répondons aux questions posées dans les trois renvois comme suit:

Les Renvois du Manitoba et de Terre-Neuve:

Question 2: non.

Le Renvoi du Québec:

Question B (i): oui.

(ii): oui.

BINDING SECT. DEC 14 1982

